

ARGENTINA

COBERTURA DE PLANO DE SAÚDE. Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa V., D. c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno s/ amparo”, para decidir sobre su procedencia. Considerando: 1º) Que la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal confirmó la sentencia de primera instancia por la que se había hecho lugar al amparo iniciado por los padres de D. V. –menor de edad, discapacitada- contra el Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno (CEMIC). En consecuencia, condenó a dicha entidad a que brindara una cobertura del 100% de las prestaciones de escolaridad con formación laboral, en la modalidad doble turno, en el Instituto La Salle, y transporte especial con dependencia, en la modalidad de ida y vuelta desde el domicilio particular hacia el centro educativo. 2º) Que la decisión halló sustento en la ley 24.901, por la que se dispone que las obras sociales tendrán a su cargo la cobertura total de las prestaciones básicas enunciadas en la ley que necesiten los afiliados con discapacidad y, entre ellas, el transporte especial para asistir al establecimiento educacional de rehabilitación, la rehabilitación, las terapéuticas educativas y las asistenciales. Indicó el a quo que, además, en la ley se contemplan prestaciones complementarias de modo amplio, lo que resultaba ajustado a la finalidad tuitiva de la ley. Sobre esa base, y atendiendo a las constancias de la causa (informe de evolución favorable del establecimiento educativo, pericia neuropediátrica sobre la conveniencia de que estas prestaciones integren el abordaje requerido para pacientes con discapacidad intelectual y prescripción de la médica tratante) la alzada sostuvo que la condena impuesta a la demandada en la instancia anterior era la solución que mejor se correspondía con la naturaleza de los derechos a la salud y a la integridad física, reconocidos en tratados internacionales. Agregó, finalmente, que el Programa Médico Obligatorio fue concebido como un régimen mínimo de prestaciones y que su enumeración no era taxativa. 3º) Que, contra esa decisión, el representante de la demandada dedujo recurso extraordinario federal (fs. 307/326 vta.), cuya denegación motiva esta queja. Afirma que la sentencia vulnera las garantías reconocidas en los artículos 17, 18, 19, 28 y 43 de la Constitución Nacional e incurre en arbitrariedad. Sostiene que el a quo no valoró partes de la prueba que eran relevantes para la solución del litigio.

Agrega que se omitió la aplicación de la ley 24.754, así como el examen del contrato que los unía, caracterizado por ser un plan “cerrado”, y que se la asimiló – incorrectamente- a una obra social. Sustenta que tampoco se consideró que no era un agente del Seguro de Salud y que la ley 24.901 no le era aplicable al momento de la interposición de la demanda y su contestación sino desde la sanción de la ley 26.682, y –desde entonces– solo para prestaciones de carácter médico asistencial. Explica que en virtud del plan cerrado convenido con los actores no le corresponde dar cobertura a prestaciones no asistenciales y brindadas por prestadores ajenos a la cartilla. Insiste, en este punto, en la omisión de consideración de prueba testimonial que resultaba favorable a sus derechos. 4º) Que el recurso extraordinario es admisible en los términos en que ha sido promovido, pues si bien las objeciones a las sentencias, relativas a la apreciación de cuestiones de hecho y prueba son ajenas por principio a esta vía de excepción, cabe admitir su procedencia en supuestos en los que el a quo ha dado un tratamiento inadecuado a la controversia suscitada, al omitir pronunciarse respecto a cuestiones relevantes para su decisión o apartarse de constancias comprobadas de la causa (doctrina de Fallos: 325:1511; 326:3734; 327:5438; 330:4983; 339:290, entre muchos otros). 5º) Que tal situación se configura en el sub lite toda vez que la demandada llevó a conocimiento de la cámara una serie de agravios entre los que se destaca, por su conducencia para incidir en el resultado del proceso, el concerniente a las circunstancias singulares de la relación contractual que vinculaba a la entidad con la actora mediante un “plan cerrado” de afiliación y el tribunal omitió toda consideración al respecto. Asimismo, el apelante, a lo largo del proceso, invocó en sustento de su posición las leyes 24.754 y 26.682, en virtud de las cuales considera que, como empresa de medicina prepaga, no le corresponde dar cobertura a todas las prestaciones previstas en la ley 24.901 para las obras sociales, quedando excluidas –a su criterio- las requeridas en el caso. El a quo, sin examinar esas normas, aplicó –sin más- lo dispuesto en la ley 24.901, condenándola a cubrir el 100% de la escolaridad en el instituto mencionado y el transporte de ida y vuelta a él. 6º) Que, como ha sostenido esta Corte en fecha reciente en oportunidad de examinar una reclamación fundada en la tutela al derecho a la salud, en esta clase de asuntos no hay razones que justifiquen eximir ni mitigar el deber de fundar las sentencias que pesa sobre los tribunales judiciales de la República (conf. Fallos: 337:580; 338:488). De ahí, pues, que es enteramente aplicable la exigencia arraigada en la Constitución Nacional y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de que los fallos cuenten con fundamentos consistentes y racionalmente sostenibles, al encontrarse comprometidas las garantías de defensa en juicio y de tutela judicial efectiva de las partes, además de que al expresarse las razones que el derecho suministra para la resolución de controversias se favorece la credibilidad de las decisiones tomadas por el poder judicial en el marco de una sociedad democrática (conf. Fallos: 338:488 y 339:290). 7º) Que, en este sentido, el juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada, circunstancia que impone el deber de exhibir un proceso argumentativo susceptible

de control. Esta exigencia, como es evidente, trasciende el ámbito procesal, pues, en el marco de un sistema jurídico caracterizado, entre otros aspectos, por la pluralidad y complejidad de las fuentes del derecho, una fundamentación idónea de la sentencia tiene por finalidad garantizar el examen por parte de los justiciables de la interpretación y aplicación del derecho al caso concreto que ha realizado el sentenciante, como así también, desde una perspectiva constitucional, hacer posible un control democrático por parte de la sociedad sobre el ejercicio del poder jurisdiccional. Dicho estándar -que ahora recoge el artículo 3º del Código Civil y Comercial de la Nación- por lo demás, también hace pie en la esencial unidad del orden jurídico, en la cual, derecho sustancial y proceso encuentran un vínculo indisoluble para su realización. En efecto, si el fin último del proceso es hacer efectivos los derechos sustanciales cuya protección se requiere (Fallos: 334:1691; 339:201, entre otros) resulta evidente que la decisión judicial que conecta el caso con el sistema, debe contener los criterios mínimos de la argumentación jurídica, es decir, justificar de qué modo se arriba a la solución a través de dicha concreción hermenéutica. 8º) Que, en las condiciones expresadas, los defectos de fundamentación en que incurrió la alzada afectan de modo directo e inmediato la garantía constitucional de defensa en juicio que asiste a la recurrente (ley 48, artículo 15), justificando la invalidación del pronunciamiento a fin de que la cuestión sea nuevamente considerada y decidida. Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada, con costas. Reintégrese el depósito de fs. 2. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo fallo con arreglo al presente. Agréguese la queja al principal, notifíquese y, oportunamente, devuélvase. Carlos Fernando Rosenkrantz (en disidencia)– Elena I. Highton de Nolasco - Juan Carlos Maqueda - Ricardo Luis Lorenzetti. Disidencia del Señor Presidente Doctor Don Carlos Fernando Rosenkrantz Considerando: Que el recurso extraordinario, cuya denegación motivó la presente queja, es inadmisile (artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Por ello, se desestima la presentación directa. Declárase perdido el depósito de fs. 2. Notifíquese y, previa devolución de los autos principales, archívese. Carlos Fernando Rosenkrantz. **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION ARGENTINA. 210/2014 (50-V)/CS1. FECHA: 16/04/2019.**

IMPORTAÇÃO DE PRODUTOS PARA A SAÚDE. Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la parte demandada en la causa C., R. E. c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ amparo de salud”, para decidir sobre su procedencia. Considerando: 1º) Que la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, al declarar desierto el recurso de apelación deducido por la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, confirmó la sentencia de la instancia anterior en cuanto había hecho lugar a la acción de amparo entablada por el actor tendiente a obtener, con carácter urgente, la cobertura integral de la internación, provisión e implante de una endoprótesis aórtica unimodular (28-70-30 CUFF

32 x 100) y un dispositivo pericutáneo Prostar 10 F a realizarse en la Fundación Favaloro (fs. 145/146 de los autos principales, a cuya foliatura se aludirá en adelante). Para así decidir, el a quo entendió que los agravios expresados por la entidad social no rebatían las consideraciones efectuadas en la sentencia de grado al estimarlos sustancialmente idénticos a los que había expuesto al contestar la demanda y en oportunidad de dictarse la medida cautelar favorable al actor. 2º) Que contra dicha decisión la entidad demandada dedujo el recurso extraordinario (fs. 152/161), cuya denegación originó la queja en examen. La apelante atribuye arbitrariedad al fallo por no haber atendido las impugnaciones oportunamente llevadas a conocimiento del tribunal de alzada y por apartarse de las disposiciones del estatuto social de la entidad de servicios de salud así como de las resoluciones que determinan el alcance de su responsabilidad. 3º) Que si bien es facultad privativa de los jueces de la causa y ajena, como principio, a la instancia extraordinaria, determinar si una presentación reúne o no los requisitos del art. 265 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, este principio cede cuando se incurre en arbitrariedad (Fallos: 280:263). 4º) Que tal situación es la que ocurre en el caso pues el a quo declaró desierto el recurso de apelación articulado por la obra social demandada sin atender a que la expresión de agravios efectuaba un cuestionamiento del fundamento capital de la sentencia, impugnando su adecuación al derecho vigente e indicando las normas que se reputaban aplicables (especialmente las del estatuto social, en concordancia con las directivas del programa médico obligatorio) a propósito de lo cual, se había efectuado el pertinente planteo de cuestión federal (fs. 137/140). 5º) Que la omisión de examinar los mencionados planteos es particularmente significativa si se advierte que en la decisión de primera instancia –que se pretendió dejar firme- la señora magistrada también soslayó el examen de las normas invocadas por la apelante (fs. 131/133) pese a que era esa oportunidad procesal la apropiada para abordar la cuestión pues la causa había sido declarada como de puro derecho en virtud de que el actor ya había obtenido su pretensión sustancial como consecuencia de la medida cautelar decretada en autos (fs. 111). Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada con el alcance indicado, con costas. Agréguese la queja al principal y vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Notifíquese y, oportunamente, remítase. Carlos Fernando Rosenkrantz – Elena I. Highton de Nolasco - Juan Carlos Maqueda - Ricardo Luis Lorenzetti - Horacio Rosatti (en disidencia). Disidencia del Señor Ministro Doctor Don Horacio Rosatti. Considerando: 1º) Que el actor dedujo una acción de amparo dirigida a obtener la inmediata internación e implante de una endoprótesis aórtica unimodular, en razón de haber sido diagnosticado con un aneurisma aórtico abdominal con riesgo de desgarro, lo que podía ocasionar su muerte. La Fundación Favaloro –establecimiento en el que el demandante había recibido un doble trasplante de riñón- había indicado que en la operación debía utilizarse una prótesis importada Endologic, más CUFF 32 x 100 y un dispositivo

de cierre pericutáneo Prostar 10 F (fs. 5 del expediente principal, al que se aludirá en lo sucesivo). La indicación de la citada prótesis fue justificada en que, por sus características técnicas, no comprometería la arteria del riñón trasplantado (fs. 5). Al contestar el traslado, la obra social se opuso a la adquisición del insumo importado, invocando la resolución 781/2016 que, en concordancia con la resolución del Programa Médico Obligatorio 201/2002, solo permite la adquisición de prótesis importadas cuando no exista similar nacional, siendo la de menor valor del mercado local la que debe ser cubierta por la institución (fs. 63 vta. y 64). 2º) Que la operación fue practicada en cumplimiento de una medida cautelar decretada por el juez de primera instancia (ver historia clínica obrante a fs. 105), tras lo cual la cuestión litigiosa fue declarada de puro derecho, con expreso consentimiento de la parte demandada (fs. 110/111). 3º) Que, al resolver sobre el fondo del asunto –circunscripto a dilucidar si el actor debía hacerse cargo de la diferencia entre el valor autorizado por la obra social y el del insumo que finalmente obtuvo- el juez de primera instancia admitió el amparo y condenó a la demandada a hacerse cargo de la cobertura integral de la prestación realizada (fs. 133). Para decidir de ese modo, el magistrado tuvo en cuenta que la obra social no había acreditado que el insumo nacional –que era distinto al indicado por el médico tratante- resultaba similar al importado, o al menos adecuado para las necesidades del actor. Destacó que la accionada tampoco había probado –teniendo en consideración los antecedentes de salud del señor C.-, que el procedimiento indicado hubiera podido ser realizado en las mismas condiciones en otro centro que no fuera la Fundación Favalaro, donde se le había brindado tratamiento desde 2010 (fs. 132 vta., in fine). Por tal razón, el juez juzgó que la negativa de la demandada, sin producir prueba idónea y concluyente para acreditar que la indicación médica efectuada podría haber sido suplida –en función de su patología- por la autorizada por la obra social, encuadraba en la calificación de “arbitrariedad manifiesta” que establece el art. 1º de la ley 16.986, pues había conducido a su afiliado a un estado de indefensión y desamparo que vulneraba sus derechos fundamentales a la salud y a la vida, expresamente reconocidos por la Constitución Nacional. 4º) Que la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal declaró la deserción del recurso deducido por la demandada. Para decidir de ese modo, consideró que los agravios de la obra social no rebatían los fundamentos dados en el fallo, toda vez que sus términos eran similares a los formulados en ocasión de contestar la demanda y expresar agravios con motivo de la medida cautelar dictada en la causa (fs. 145/146). Contra ese pronunciamiento, la entidad dedujo el recurso extraordinario (fs. 152/161), cuya denegación dio origen a la presente queja, en el que la apelante aduce que la cámara dejó sin responder serias alegaciones relacionadas con el apartamiento del juez de grado de las disposiciones del estatuto de la obra social, así como de las resoluciones que determinan el alcance de su responsabilidad. 5º) Que los agravios no pueden prosperar. La determinación del cumplimiento o no de los requisitos del art. 265 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, es facultad privativa de los jueces de la causa

al examinar las apelaciones que llegan a sus estrados, y por lo tanto ajena, como principio, a la instancia extraordinaria, sin que en el caso se haya demostrado la configuración de una hipótesis de arbitrariedad. 6º) Que, en efecto, las disposiciones que la apelante alega preteridas por los tribunales intervinientes, contrariamente a lo afirmado, dejan sentada la obligación de la obra social de proveer prótesis importadas –la más económica– para el caso de inexistencia de insumos similares en el mercado local. De ahí la necesidad de que la demandada demostrara que las prótesis nacionales presupuestadas –una de las cuales resultó autorizada– eran similares o, cuanto menos, adecuadas a la necesidad del actor, tal como señaló el juez de grado. La demostración de tal extremo quedó frustrada por el propio apelante que, al dársele traslado del pedido de que la causa se declarara de puro derecho, admitió esa posibilidad y de tal modo, desistió de la prueba que hubiera podido producir a los efectos de justificar la eficacia del insumo nacional (cuya utilización fue enfáticamente resistida por la Fundación Favalaro, opinión compartida por el Sanatorio Otamendi en la interconsulta solicitada por la propia obra social), o demostrar que la operación quirúrgica podía ser realizada adecuadamente en otro centro de salud. 7º) Que en tales condiciones, lo decidido por el a quo en el sentido de que la apelación ordinaria se encontraba desierta, resulta razonable y ajustado a las circunstancias del caso, sin que la obra social demandada haya demostrado que su recurso ante esa instancia tuviera fundamentos serios para revertir lo resuelto por el magistrado. Por ello, se desestima la presentación directa. Notifíquese y, previa devolución de los autos principales, archívese. Horacio Rosatti. **CÁMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL. 1478/2016/1/RH1. Fecha: 10/09/2019**

INDENIZAÇÃO – CRIANÇA PNE. Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa D., I. c/ OSDE s/ amparo”, para decidir sobre su procedencia. Considerando: 1º) Que los padres de la niña con discapacidad promovieron una acción de amparo persiguiendo la cobertura integral de prestaciones asistenciales. El tribunal de primera instancia admitió la pretensión y condenó a la demandada a “brindarle a la amparista la cobertura médico asistencial en forma total e integral -100%- que la misma requiere conforme a la discapacidad que padece, en cumplimiento...de las leyes 22.431, 24.901, 26.480 y concordantes, de conformidad con los valores establecidos por el Ministerio de Salud (Res. MS 1512/2013) y de acuerdo a lo que prescriban los médicos tratantes”. 2º) Que contra esa decisión la demandada interpuso recurso de apelación. La cámara rechazó el recurso y resolvió confirmar el pronunciamiento de primera instancia. 3º) Que, iniciada la ejecución, la actora denunció que los reintegros efectuados por la demandada eran incompletos. La ejecutada opuso excepción de pago con fundamento en que satisfizo su obligación con arreglo a los valores establecidos por el Ministerio de Salud, tal como había ordenado la sentencia de primera instancia. 4º) Que la defensa fue admitida por el tribunal de primera instancia y contra esa decisión la actora interpuso recurso de apelación. La cámara admitió la impugnación. Para así decidir sostuvo que, “en

ocasión de tratar el recurso incoado por la demandada contra la sentencia de fondo, este tribunal no solo confirmó el pronunciamiento de la instancia anterior en cuanto a lo que puntualmente había sido materia del recurso interpuesto por la obra social; sino que, teniendo en cuenta la participación del Ministerio Público de la Defensa y la opinión del Ministerio Público Fiscal en tanto propiciaba que debía brindársele al menor la cobertura integral del 100% (punto IV de la sentencia de fs. 128/130 vta.), valoramos concretamente que el derecho que asiste constitucionalmente a la menor que padece una discapacidad, no se abastece con una cobertura parcial, que resultaría insuficiente y gravitaría en la evolución y avance de su patología”. La cámara agregó que “los valores que por intermedio de la Administración de Programas Especiales se le reconocen a la obra social a través del Nomenclador, en modo alguno pueden ser los que se deben reintegrar a los beneficiarios, pues lo contrario importaría desconocer el carácter integral de la cobertura que la ley les garantiza”. Continuó refiriendo al “criterio de nuestro Alto Tribunal respecto de la protección de la niñez con singular énfasis en aquellos menores aquejados por impedimentos físicos o mentales, cuyo interés debe ser custodiado con acciones positivas” y concluyó que las consideraciones anteriores determinan “el alcance y sentido —el de la integralidad— que se desprende de la lectura de la sentencia que oportunamente decidió el fondo de la cuestión y es además la resolución que finalmente adquirió firmeza en estos autos por no haber sido impugnada por las partes como tampoco adoleció de conceptos oscuros o ambiguos que hayan meritado el planteo de alguna aclaratoria por alguna de las partes”. 5º) Que contra ese pronunciamiento la demandada interpuso el recurso extraordinario cuya denegación originó la queja en examen. Sostuvo que la cámara modificó el alcance de la condena establecida en la sentencia de primera instancia, que fue consentida por la actora, en franca violación del principio de cosa juzgada, cuya trascendencia constitucional remarcó a la luz de pronunciamientos de esta Corte. Subsidiariamente, cuestionó la interpretación que la cámara asignó al contenido y alcance de la resolución ministerial 428/1999. 6º) Que si bien los pronunciamientos dictados en etapa de ejecución no constituyen, en principio, sentencia definitiva en los términos del artículo 14 de la ley 48, cabe apartarse de dicha regla cuando, como acontece en el sub lite, hay una violación flagrante del principio de cosa juzgada (Fallos: 303:294, entre muchos otros). 7º) Que la sentencia de primera instancia hizo lugar a la acción de amparo y condenó a la accionada a brindar cobertura “de conformidad con los valores establecidos por el Ministerio de Salud (Res. MS 1512/2013) y de acuerdo a lo que prescriban los médicos tratantes”. Dicha sentencia solo fue apelada por la parte demandada con fundamento en que ya brindaba la cobertura en esos términos, cuestionando también la imposición de costas. La cámara rechazó la apelación y expresamente dispuso “confirmar la sentencia... en todo en cuanto fuera materia de agravio, venida en apelación”. Como puede verse, la decisión de condenar a la cobertura de conformidad con los valores establecidos por el Ministerio de Salud quedó firme y consentida. La cámara no podía, en consecuencia, ordenar llevar adelante la ejecución

por rubros distintos al objeto de la condena sin violar el alcance de la cosa juzgada. Por lo demás, como tiene dicho esta Corte, a menos que se verifiquen circunstancias excepcionales que en el caso no se configuran, es la parte dispositiva, y no los considerandos, lo que reviste el carácter de cosa juzgada (Fallos: 321:2144, entre otros). Este Tribunal ha destacado la relevancia constitucional del principio de cosa juzgada (Fallos: 317:124; 338:599, entre muchos) y, de hecho, se ha pronunciado en un caso análogo al presente afirmando que no pueden ampliarse los alcances de la cobertura integral en favor de una niña con discapacidad más allá de lo que fue objeto de condena. Sostuvo en ese sentido que lo contrario implica “un injustificado exceso de los alcances tanto de la litis contestatio cuanto de la cosa juzgada” (in re “E., S. E. c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Dr. Norberto Quirno s/ amparo”, Fallos: 335:1550). Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia impugnada. Con costas. Reintégrese el depósito de fs. 2. Agréguese la queja al expediente principal y devuélvase a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Notifíquese y remítase. Carlos Fernando Rosenkrantz - Elena I. Highton de Nolasco - Juan Carlos Maqueda - Ricardo Luis Lorenzetti (en disidencia)- Horacio Rosatti (en disidencia). Disidencia de los Señores Ministros Doctores Don Ricardo Luis Lorenzetti y Don Horacio Rosatti. Considerando: Que el recurso extraordinario, cuya denegación originó esta queja, no se dirige contra una sentencia definitiva o equiparable a tal (art. 14 de la ley 48). Por ello, se desestima la presentación directa. Declárase perdido el depósito de fs. 2. Notifíquese y, previa devolución de los autos principales, archívese. Ricardo Luis Lorenzetti - Horacio Rosatti. **JUZGADO FEDERAL DE COMODORO RIVADAVIA. 11050433/2013/1/RH1. FECHA: 19/03/2019.**

COLÔMBIA

RESPONSABILIDADE CIVIL – INSTITUIÇÕES, MÉDICOS E PROFISSIONAIS DA SAÚDE. Decide la Corte la acción de tutela interpuesta por Jonathan Steven y Luisa María López Ramos, Mario Fernando Gil Castillo, Alba Lucía Galeano de Castillo, y, Eloísa Castillo Galeano, contra la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, trámite al que fue vinculado el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Oralidad de la misma ciudad, así como la parte pasiva y los demás integrantes del extremo activo del juicio declarativo a que alude el escrito de tutela. **ANTECEDENTES.** 1. Los accionantes a través de gestora judicial, reclaman la protección constitucional de sus derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, presuntamente conculcados por la autoridad jurisdiccional convocada, con la providencia emitida el 31 de agosto de 2018 en el marco del proceso declarativo de responsabilidad civil médica que promovieron junto a Aura María Gil Donneys, Luz Dary Ramos Díaz, Odair y Carlos Andrés López Ramos, frente a la Clínica de la Visión S.A.S. y Salud Total EPS, con radicado No.

2014-00658-00. Exigen, entonces, para la protección de las citadas prerrogativas, «DEJAR SIN EFECTOS la [aludida] sentencia», y que como consecuencia de ello, se ordene a la Sala Civil del Tribunal Superior de Cali, «prof[erir] una nueva (...) en la que se haga una valoración probatoria acorde con los argumentos expuestos en esta tutela» (fl. 23). 2. En apoyo de su reparo y en cuanto interesa para la resolución del presente asunto aduce la apoderada, en lo esencial, que sus poderdantes iniciaron el litigio referido en líneas precedentes, con el fin de que se declare civilmente responsable a la parte demandada por el fallecimiento del menor Anderson Gil López acaecido el 17 de enero de 2014 durante la práctica de una cirugía de párpados, y en consecuencia, se le condene al pago de los perjuicios que les fueron causados, pretensiones que fundamentaron sobre la base de que la clínica demandada actuó con culpa frente al tratamiento que le brindó a aquél cuando se le desencadenó una «hipertermia maligna», a raíz de la anestesia que le fue aplicada durante el procedimiento, puesto que, afirma, «carecía del medicamento Dantrolene indicado para contrarrestar los efectos de [ésta]», sumado a que «no trasladó el paciente a la UCI en un nivel superior de atención», ya que «no se activó el sistema de referencia y contrareferencia y la ambulancia medicalizada fue llamada de manera tardía para el traslado». Asevera que mediante sentencia dictada el 16 de agosto de 2017, el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Oralidad de Cali denegó lo pretendido, tras considerar que no se había sustentado fáctica y jurídicamente el *petitum*, y pese a que se apeló dicha determinación, la Corporación accionada confirmó lo resuelto a través de fallo del 31 de agosto de 2018, «al concluir que la valoración del material probatorio y jurídico daba para [ello]». Por último sostiene, que la citada autoridad incurrió en defecto fáctico al tomar su decisión, toda vez que no valoró en debida forma las pruebas recaudadas en el proceso, ya que, en síntesis, i) no tuvo en cuenta los testimonios rendidos por los doctores Eduardo Lema, Gonzalo Ayala Thorp, Fernando Garcés Franky, Luis Alberto Tafur Betancourt, Víctor Manuel León López y Juan Carlos Meza Segovia, Director Médico de la Clínica de la Visión S.A.S.; ii) la «guía para el manejo de hipertermia maligna de [dicha institución]» aportada por este último; iii) la respuestas brindadas por EMI y la Clínica Nuestra Señora del Rosario; iv) la evaluación efectuada por la Clínica de la Visión del Valle y dirigida a la Secretaría Departamental de Salud; y, v) la literatura médica referente al tema, probanzas todas éstas que, dice, demuestran la responsabilidad endilgada al extremo pasivo, y mucho menos calificó la conducta procesal de las partes, como lo fue el mal manejo que se le dio a la historia clínica y las respuestas contrarias a la verdad suministradas tanto por el anestesiólogo Gonzalo Anaya como por el representante legal de la clínica demandada, para por lo menos «deducir indicios» en su contra de conformidad con el artículo 280 del Código General del Proceso, razones éstas por las cuales se acude a la presente vía excepcional de protección (fls. 1 a 24). 3. Una vez asumido el trámite, el día 4 de marzo se admitió la acción de tutela y se ordenó el traslado a los involucrados para que ejercieran su derecho a la defensa (fl. 94).

RESPUESTA DEL ACCIONADO Y LOS VINCULADOS. a. El Magistrado ponente

de la providencia criticada, se opuso al éxito del resguardo implorado, tras manifestar que en la misma «se profirió la decisión que en derecho correspondía», ya que «se respetaron las garantías procesales de las partes [y] se tuvo en cuenta todo el material probatorio obrante, sin que se les vulnerara derecho fundamental alguno [a los accionantes]» (fl. 84). b. Las vinculadas Salud Total EPS y Clínica de la Visión del Valle S.A.S., a través de apoderado judicial y en escritos separados, solicitaron denegar el amparo suplicado, con sustento en que la decisión adoptada por el Tribunal acusado se encuentra ajustada a derecho y a las pruebas obrantes en el expediente contentivo del litigio objeto de debate constitucional (fls. 100, 101 y 115 a 118). c. La Juez Décimo Civil del Circuito de Oralidad de Cali, se limitó a indicar que el proceso de la referencia «se rituló conforme a la normatividad constitucional y legal», por lo que «[s]e at[iene] a la decisión a la que [se] arribe» (fl. 132). d. Al momento de registrar el proyecto de fallo, no se habían efectuado más pronunciamientos por parte de los involucrados en la presente queja constitucional. CONSIDERACIONES. 1. Como es sabido, la acción de tutela es un mecanismo particular establecido por la Constitución Política de 1991 para la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas, de carácter residual y subsidiario, porque sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio judicial de salvaguarda, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Ahora, tratándose de providencias o actuaciones judiciales, el mencionado instrumento se torna aún más excepcional, pues sólo resulta viable cuando se advierta un proceder del funcionario judicial que se pueda tildar de irrazonable, arbitrario o caprichoso, caso en el cual se faculta la intervención del juez constitucional para evitar o remediar la respectiva vulneración de los derechos fundamentales. 2. Descendiendo al caso concreto, se advierte con vista en los elementos de juicio obrantes en las diligencias, que la protección constitucional rogada por los señores Mario Fernando Gil Castillo, Alba Lucía Galeano de Castillo, Eloísa Castillo Galeano, Jonathan Steven y Luisa María López Ramos la Clínica Versalles S.A.S., resulta procedente, pues con la determinación emitida el 31 de agosto de 2018 por la Sala Civil del Tribunal Superior de Cali, por medio de la cual se ratificó en todas sus partes la sentencia dictada el 16 de agosto de 2017 por el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Oralidad de la misma ciudad, que a su vez resolvió, entre otros, negar las pretensiones incoadas al interior del proceso declarativo de responsabilidad civil médica que los accionantes promovieron junto a Aura María Gil Donneys, Luz Dary Ramos Díaz, Odair y Carlos Andrés López Ramos frente a la Clínica de la Visión S.A.S. y Salud Total EPS (fls. 26 a 51), ciertamente se incurrió en causal de procedencia del amparo por defecto fáctico, al adoptar una decisión que luce arbitraria frente a la prueba recaudada en el litigio, como pasa a verse. 2.1. En efecto, revisado el contenido de la determinación de segundo grado atacada, advierte la Corte que para llegar a dicha conclusión, preliminarmente dicha Colegiatura precisó, luego de hacer unos breves apuntes acerca de la responsabilidad médica y su régimen probatorio, en lo que toca con el primer reparo expuesto por los recurrentes, aquí actores,

suficiente para evidenciar el yerro cometido, lo siguiente: «El primer reproche o cargo, si así se le quiere llamar, tiene que ver con la ausencia del medicamento Dantrolene, según se dijo en la demanda los protocolos médicos indicaban que éste debería estar en el carro de paro, tal obligación de tener el medicamento sin lugar a dudas, de ser cierto tal protocolo, es de resultado esto en cuanto comporta una obligación de seguridad respecto del paciente con el fin de evitar un evento adverso. Empero contrario a lo manifestado por la recurrente, en el proceso, tal como lo vio la a quo, no se probó que existiera una directiva ora del Ministerio de Salud o de las Secretarías de Salud Municipal o Departamental implementando protocolo alguno, por el contrario se demostró que tal política no existe, de ello dio cuenta los anestesiólogos Luis Alberto Tafur, Víctor Manuel León López y Eduardo Lema. Ahora, cuando hay antecedentes familiares de Hipertermia, la experiencia y práctica médica impone el deber de conseguir el medicamento ante el eventual riesgo de aparecer la patología, ergo allí si hay lugar a tomar medidas. De manera que como se viene diciendo ninguna obligación o protocolo, incumplió la Clínica de la visión respecto de tener en el carro de paro el medicamento Dantrolene, luego por este aspecto puntual no hay responsabilidad alguna». Lo que reforzó diciendo, que: «Ahora bien, como también dentro del recurso se está discutiendo la demora en la consecución del medicamento Dantrolene, una vez se diagnosticó la Hipertermia Maligna, en pro de resolver tal cargo menester es recordar que ésta es una enfermedad huérfana — Resolución 430 de 2013— calificación que implica según los términos del artículo 4º de la Ley 1392 de 2010, en punto al principio de solidaridad, la creación de una serie de mecanismos para coordinar las acciones de la sociedad en general, las organizaciones públicas y privadas, con miras, entre otras cosas, a proteger los derechos de todas las personas que padecen dichas enfermedades. Significa lo anterior, que tales mecanismos, como podría ser protocolos de consecución, distribución, asignación, stocks e importación de un medicamento como el Dantrolene, corresponde implementarla y promoverla es al Estado, y no a los particulares. No obstante, el imperativo de dicha Ley, que establece una política de salud pública para tal especie de enfermedades, el gobierno ora de orden nacional ora de orden territorial, no ha creado dicho mecanismo para la Hipertermia Maligna. No obstante que tal obligación, la misma ley, es del Gobierno Nacional, al decir que éste, entre otras cosas, adoptará medidas en favor de todas las personas que padezcan enfermedades huérfanas, para que estas gocen de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación en el acceso a los servicios. Más contundente es la Ley respecto a los deberes que en la materia se impone al Gobierno Nacional en cuanto a que éste debe establecer a través de las guías de atención que para esto emita el Ministerio de la Protección Social, con la metodología aprobada y basadas en evidencia, las directrices, criterios y procedimientos de diagnóstico y tratamiento de los pacientes que padezcan enfermedades huérfanas. Ahora bien, el artículo 8º ejusdem, dispone que con el fin de mejorar el acceso de los pacientes a los medicamentos huérfanos y una mejor administración de los recursos financieros, se faculta

al Gobierno Nacional para que en un plazo de un año adopte un sistema de negociación y compra, que podrá ser centralizado, con las farmacéuticas y laboratorios productores e importadores de medicamentos y tecnologías diagnósticas, para la atención de este tipo de patologías, que permita el acceso equitativo para todos los pacientes. Revisado el ordenamiento patrio en materia de salud, y de esto también dieron cuenta los testigos técnico atrás referidos, tales guías de atención y mecanismos, en materia de Hipertermia Maligna, brillan por su ausencia en punto a la logística u operatividad de consecución del Dantrolene, no obstante ser reconocido como un medicamento esencial de difícil consecución según el Decreto 481 del 18 de febrero de 2014, expedido por el Gobierno Nacional. Y lo que se viene aquí diciendo, a luz de la ley citada, importa porque no está en duda que hubo dificultad y si se quiere tardanza en conseguir el Dantrolene, el que por cierto como se probó no debería estar en el carro de paro, de allí que no pudiese ser administrado inmediatamente, pero ello no se hizo por negligencia, o si se quiere por falta de protocolo de consecución del medicamento, sino porque no hay política pública al respecto, mutatis mutandis, no hay un sistema de negociación y compra del Dantrolene con las farmacéuticas y laboratorios productores e importadores de medicamentos que permita el acceso equitativo para todos los pacientes, y que en casos como este se suministre por política pública, y no por una simple colaboración o compraventa, un medicamento de difícil consecución para una enfermedad huérfana. A partir de lo anterior hay que sentar, como lo dijo uno de los declarantes, en materia del suministro del Dantrolene el Estado dejó solas a las Clínicas y Hospitales, no obstante ser obligación de éste, a riesgo de ser repetitivos, generar la política pública al respecto, la que al no existir en materia de Dantrolene, dificultó su consecución, la que de por sí ya es difícil, pues recuérdese que no se fabrica en el país y solo se importa con autorización previa del Invima». Inferencias todas de las cuales concluyó, de cara a la definición del tema: «Acorde con lo anterior, y volviendo sobre los hechos, la apelante sostuvo, y probó, que el medicamento existía en los stocks tanto de la clínica Valle del Lili como Imbanaco, entre otros, de ello no hay duda empero lo que allí no se dice, quizás porque la parte actora no lo preguntó, es si de haberles solicitado ese medicamento lo hubieren entregado en las cantidades requeridas, y si previamente requerían de un pago para ello -ya se sabe que Valle del Lili sí lo exigió-, en fin lo que quiere demostrar la Sala es que la existencia del medicamento no garantizaba su suministro, por lo escaso del mismo, y porque la entrega, ante la falta de regulación legal es voluntaria, ergo bien podían decir que no, so pretexto de cubrirse aquellos ante una urgencia de Hipertermia Maligna. Que la Clínica de la Visión intentó conseguir el medicamento, no está en duda, lo que ocurrió es que cuando se consiguió ya era tarde, por supuesto que pasó mucho tiempo desde el momento en que se detectó la Hipertermia Maligna, empero ello no significa que no se hizo nada, pues por el contrario se hicieron las maniobras necesarias para estabilizar -entre otras bajar la temperatura y oxígeno a chorro- al paciente mientras se conseguía el medicamento; y claro que hubo que llamar a otras instituciones,

pues precisamente el llamar a otras clínicas como a la Asociación Colombiana de Anestesiología y Reanimación es parte del supuesto protocolo que echa de menos la parte actora, ergo con o sin protocolo se intentó, y consiguió el medicamento, se insiste, pero ya tarde. Siguiendo con el tema del protocolo el Dr. Fernando Antonio Garcés Franky, dice que este si existe y que es el que bajó de la página web de la Asociación Colombiana de Anestesiología y Reanimación, empero tal protocolo no proviene de una entidad pública, ergo no es obligatoria, por otro lado, la misma es una simple recomendación en punto a que dice que “Es altamente deseable que todo sitio con ofrecimiento de servicios anestesiológicos tenga estrategias explícitas para la obtención urgente de dantrolene para el manejo de una crisis de hipertermia maligna”, luego no es un protocolo sino una recomendación, es decir allí no hay un mecanismo o protocolo establecido para articular y comprometer a las instituciones médicas públicas y privadas de la ciudad para dar, conseguir apoyar a su pares que se encuentran ante un caso de Hipertermia Maligna» (fls. 26 a 51). 2.2. Pues bien, en un caso de similar situación fáctica al caso objeto de análisis constitucional, la Sala sostuvo, en relación a la responsabilidad que se debate, esto es, el cumplimiento del acto médico en sentido estricto[se trata de toda aquella actividad mediante la cual el galeno se compromete a emplear su habilidad y sapiencia con miras a curar al enfermo; para tal efecto, debe desarrollar un conjunto de labores encaminadas al diagnóstico, pronóstico **y tratamiento de aquel** y, de ser el caso, a intervenirlo quirúrgicamente» (énfasis intencional)], que «el acuerdo ajustado entre un establecimiento clínico y el paciente está integrado: 1) por las obligaciones explícitamente estipuladas por las partes (v. gr. las relacionadas con los servicios de enfermera permanente, custodia y vigilancia especial, acompañante, entre otras, que ineludiblemente deben pactarse por ellas; 2) por las derivadas de la naturaleza misma del acuerdo y 3) por aquellas que por ley le pertenecen, “deberes todos estos que pueden ser de disímil temperamento, pues pueden concernir, conforme lo señala autorizada doctrina, con: a) el acto médico propiamente dicho, esto es, con la actividad desplegada en orden a obtener el alivio o la curación del enfermo mediante la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de su enfermedad y, de ser el caso la cirugía que se recomienda; b) con ciertos actos de asistencia sanitaria de carácter auxiliar (paramédicos), tales como suministrar los medicamentos prescritos, inyectar calmantes, realizar ciertos exámenes, controlar signos, etc.; y, finalmente, c) cuando el negocio jurídico envuelve un pacto de hospitalización, toda la actividad relativa al aspecto hotelero del servicio sanitario que, valga la pena destacarlo, asume un carácter marcadamente instrumental en cuanto se endereza a facilitar la asistencia médica, y que le impone al deudor, entre otras, las obligaciones de proporcionar alojamiento y manutención al enfermo” (casación de 22 de julio de 2010)» (subrayas ajenas al texto) (CSJ SC, 26 nov. 2010, Rad. 1999-08667-01). De este modo, tratándose de la responsabilidad directa de las referidas instituciones, en dicha providencia se puntualizó, que «ellas se verán comprometidas cuando lo ejecutan mediante sus órganos, dependientes, subordinados o, en general, mediando la intervención

de médicos que, dada la naturaleza jurídica de la relación que los vincule, las comprometa», razón por la que «los centros clínicos u hospitalarios incurrirán en responsabilidad en tanto y cuanto se demuestre que los profesionales a ellas vinculados incurrieron en culpa en el diagnóstico, en el tratamiento o en la intervención quirúrgica» (destaco deliberado). Así mismo se indicó, que dichas entidades «adquieren una obligación de seguridad, definida como aquella en virtud de la cual una de las partes en la relación negocial se obliga a devolver, al concluir el objeto de la prestación, sanos y salvos tanto a la persona del otro contratante como sus bienes, obligación esta que puede ser de resultado, en cuyo caso el deudor se compromete a evitar que el acreedor sufra un accidente en la ejecución del contrato que lesione su persona o sus bienes, por lo que le incumbe probar un hecho extraño para exonerarse de responsabilidad; o, por el contrario, puede tratarse, en hipótesis más reducidas, de un “deber general de prudencia y diligencia”, enderezado a disponer de los medios necesarios para prevenir la producción de cualquier accidente» (recalco intencionado), ilustrando seguidamente que, en relación al anestesiólogo, «no puede desconocerse que no son pocas las circunstancias en que ciertos eventos escapan al control del médico», pues «a pesar de la prudencia y diligencia con las que actúe en su ejercicio profesional, no puede prevenir o evitar algunas consecuencias dañosas. Así acontece, verbi gratia, en aquellas situaciones en las que obran limitaciones o aleas propias de la ciencia médica, o aquellas que se derivan del estado del paciente o que provengan de sus reacciones orgánicas imprevisibles o de patologías iatrogénicas o las causadas por el riesgo anestésico, entre otras, las cuales podrían calificarse en algunas hipótesis como verdaderos casos fortuitos con la entidad suficiente para exonerarlo del deber resarcitorio»; no obstante, se advirtió, que dicha exención de responsabilidad se dará en la medida en que «no hubiere concurrido culposamente en su producción o agravamiento». Por otra parte, en lo que toca con el tratamiento propiamente dicho, se dijo que éste consiste, en un sentido amplio, «en la actividad del médico enderezada a curar, atemperar o mitigar la enfermedad padecida por el paciente (tratamiento terapéutico), o a preservar directa o indirectamente su salud (cuando asume un carácter preventivo o profiláctico), o a mejorar su aspecto estético», primer aspecto en el que aquél «asume un fin eminentemente curativo, entendido este no solo en el sentido de sanar al paciente, sino, también, dependiendo de las circunstancias del caso, el de impedir el agravamiento del mal, o el de hacerlo más llevadero, o mejorar sus condiciones de vida e, incluso, en el caso de enfermos terminales, mitigar sus padecimientos», motivo por el que «el facultativo se encuentra ante una ponderación de intereses en la que, atendiendo las reglas de la ciencia, debe prevalecer aquella consideración que le brinde la mayor probabilidad de alcanzar la finalidad propuesta», recalándose con suma importancia que, el mismo «debe comenzar a la brevedad que las circunstancias lo reclamen, tanto más en cuanto su eficacia dependa de la prontitud con la que actúe sobre la persona» (resalto nuestro). Ahora, en lo que refiere a la patología “hipertermia maligna (H.M.)”, en el aludido fallo se hicieron las siguientes precisiones, las cuales se transcriben -in extenso- por

la importancia que tienen para la resolución del presente asunto: «La hipertermia maligna (H.M.), según la literatura médica, es “un síndrome clínico fármaco genético que se manifiesta como una crisis hipermetabólica cuando un individuo susceptible es expuesto a un agente anestésico desencadenante”, cuyos signos clínicos habitualmente se producen en el quirófano, pero pueden retrasarse hasta que el paciente llega a la sala de cuidado posanestésico. Éstos incluyen “elevación inexplicable del dióxido de carbono del final de la espiración durante la anestesia general, incremento marcado de la ventilación minuto durante ventilación espontánea, rigidez muscular, acidosis, taquicardia, hipertensión, taquipnea, hipertermia, piel moteada, espasmo del músculo masetero, hiperkalemia, coagulación intravascular diseminada, incremento de la creatinina fosfato quinasa, mioglobina en sangre y orina, pruebas de coagulación alteradas y evidencia de rhabdomiólisis”; empero, la identificación temprana de un episodio de H.M. no es fácil, porque muchos de los signos clínicos son variables e inespecíficos, amén que para su diagnóstico tan sólo se cuenta con la prueba de cafeína halotano -biopsia muscular-, catalogada como el estándar de oro, la que no sólo es costosa sino que en Colombia hasta hace poco se empezó a trabajar en su implantación. (Boletín del Comité Nacional de Hipertermia Maligna y la Revista Colombiana de Anestesiología. Publicaciones Oficiales de la Sociedad Colombiana de Anestesiología y Reanimación “Scare”, Julio de 2005 y trimestre No.1 de 1994, respectivamente). En el citado boletín también se expone que la causa de esa sintomatología es el incremento en la salida del calcio del retículo sarcoplásmico, generado por una mutación heredada en el gen receptor de la rianodina, el cual está en la membrana de dicho retículo. Y con relación al tratamiento de esa patología explica que diagnosticada la enfermedad de inmediato debe iniciarse el mismo, lo cual demanda, en síntesis, tomar las medidas requeridas para dar por terminado el acto anestésico, combatir la hipoxemia y la acidosis, controlar la temperatura corporal y contrarrestar las posibles complicaciones; incluso, según los especialistas en el tema, el dantroleno sódico (dantrium) es el único fármaco específico en el tratamiento de la H.M., capaz de revertir la causa inicial de ella -la liberación de calcio-, de ahí que sostienen que la administración temprana del mismo es vital, porque si se hiciera tardíamente, luego que el retículo sarcoplasma haya repletado todo su calcio, es inefectivo puesto que su principal efecto es prevenir la liberación del calcio (Revisión Bibliográfica Actualizada de la Hipertermia Maligna. Revista Horizonte Médico, volumen 7, No.1, junio 2007)». 2.3. Al contrastarse lo anterior, para la Sala es evidente que el Tribunal convocado no hizo un adecuado análisis acerca de la responsabilidad atribuida a la Clínica de la Visión S.A.S., atinente a la culpa en que ésta habría incurrido en el tratamiento de la patología presentada por el menor Anderson Gil López, esto es, “Hipertermia Maligna”, durante el procedimiento quirúrgico oftalmológico que le fue practicado el 17 de enero de 2014, la cual desencadenó su infortunado deceso. Lo anterior, por cuanto que, establecido que existió tardanza en la consecución del medicamento “Dantrolene”, una vez el equipo médico diagnosticó la citada afección [Así lo dejó sentado la

Corporación acusada en el fallo que se revisa y lo revelan las pruebas obrantes en el expediente], el Tribunal censurado descartó la culpa de la referida institución médica con argumentos insuficientes alusivos a: i) falta de normativa gubernamental para el tratamiento de aquella; ii) ausencia de protocolo o política pública para la adquisición del susodicho medicamento esencial; y, iii) el carácter de huérfana de la enfermedad, cuando tales aspectos no absuelven a la clínica de su deber general de prudencia y diligencia, orientado a disponer de dicho fármaco, o en su defecto, de una guía, orientación o protocolo para su obtención rápida, para así prevenir la producción de cualquier daño sobre el paciente, pues, iterase, es su deber devolver, luego de culminado el procedimiento, sano y salvo a éste. Así las cosas, aunque tiene razón la Colegiatura accionada en afirmar que la “Hipertermia Maligna” es considerada una enfermedad huérfana, ello no significa per se que no se tenga noción acerca de su etiología (causas), sintomatología y tratamiento, es decir, el conocimiento científico necesario para identificarla y tratarla, pues como se dejó explicado en precedencia, en Colombia por lo menos desde el año de 1994 ya se viene hablando del tema; de ahí que, si bien para el año 2014 no existía una directiva gubernamental que recogiera esta información, no por ello las instituciones prestadoras de salud -públicas o privadas, estaban exoneradas de atender la *lex artis ad hoc* existente para ese momento, máxime cuando desde el 2010 sí había una “GUÍA TÉCNICA DE BUENAS PRÁCTICAS PARA LA SEGURIDAD DEL PACIENTE EN LA ATENCIÓN EN SALUD” www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/CA/Guia-buenas-practicas-seguridad-paciente.pdf, expedida por el Ministerio de la Protección Social, la cual sugería que “[e]s altamente deseable que todo sitio con ofrecimiento de servicios anestesiológicos tenga estrategias explícitas para la obtención urgente de dantrolene para el manejo de una crisis de hipertermia maligna” (Pág. 46), a lo que se suma el hecho que la clínica demandada tenía una “guía” para el manejo de la mentada patología, la cual fue aportada en audiencia por el doctor Juan Carlos Meza Segovia, Director Médico de ésta, circunstancias todas que demuestran que dicho centro médico sí conocía de la necesidad de suministrar el susodicho medicamento con prontitud, puesto que, como se ilustró, su administración temprana es vital en la salud del paciente. 2.4. Así las cosas, si la literatura médica especializada desde aquel momento ya indicaba que, para rehabilitar a un paciente con “Hipertermia Maligna”, es necesario administrarle con suma rapidez o prontitud el medicamento “Dantrolene”, en las dosis sugeridas por tales estudios científicos, dado su alto grado de mortalidad, por ser la única medicina que la contrarresta, el centro médico oftalmológico incurrió en culpa al no tener a su disposición el mismo, o por lo menos, un protocolo efectivo para su pronta consecución, una vez se detectó la patología al menor Anderson Gil López, pues para cuando éste presentó un paro cardiorespiratorio (PCR), esto es, casi dos (2) horas después, aún el fármaco no había llegado, sin que mediara una excusa plausible, dado que, como está acreditado en el expediente, tanto las Clínicas Valle del Lili, Imbanaco y Nuestra Señora del Rosario, entre otras, tenían el mismo, no siendo atendible las manifestaciones hechas

por el Tribunal acusado acerca de las circunstancias en que pudo darse la negociación o precio de éste, ya que a más que ello no fue alegado por la clínica demandada para justificar la demora, ello viene hacer simples especulaciones por carecer de sustento probatorio. 2.5. Por último cabe acotar, que la Sala no se adentrará a analizar los argumentos expuestos por la Corporación criticada frente al segundo reproche esgrimido por los actores, esto es, la tardanza tanto en el llamado de una ambulancia mecanizada como en el traslado del paciente a una UCI, puesto que con lo dilucidado se determinó la responsabilidad de la institución médica demandada. 3. En conclusión, es claro que ante el defectuoso estudio efectuado por parte del Cuerpo Colegiado accionado respecto a la culpa endilgada a la clínica demandada en el litigio tantas veces referido, se justifica la intervención del Juez de tutela en aras de restablecer el derecho fundamental al debido proceso de los tutelantes, por lo que se dejará sin valor ni efecto la providencia cuestionada, para que aquélla nuevamente se pronuncie sobre el mismo, teniendo en cuenta lo expuesto en precedencia, dilucidando lo que en derecho corresponda en relación a las pretensiones incoadas por los demandantes. DECISIÓN. En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONCEDE el amparo incoado a los señores Mario Fernando Gil Castillo, Alba Lucía Galeano de Castillo, Eloísa Castillo Galeano, Jonathan Steven y Luisa María López Ramos. En consecuencia se dispone: PRIMERO: DEJAR sin valor y efecto la sentencia proferida en audiencia el 31 de agosto de 2018 por la Sala Civil del Tribunal Superior de Cali, dentro del proceso declarativo de responsabilidad civil médica que los accionantes promovieron junto a Aura María Gil Donneys, Luz Dary Ramos Díaz, Odair y Carlos Andrés López Ramos, frente a la Clínica de la Visión S.A.S. y Salud Total EPS, con radicado No. 2014-00658-00, así como las demás decisiones que dependan de ella. SEGUNDO: ORDENAR a dicha Corporación, que dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del presente fallo, proceda a emitir la decisión que en derecho corresponda en relación al recurso de apelación presentado por la parte demandada contra la sentencia de primer grado, teniendo en cuenta la parte motiva de esta providencia. TERCERO: COMUNÍQUESE telegráficamente lo aquí resuelto a las partes y, en oportunidad, envíese el expediente de la tutela a la Corte Constitucional para que asuma lo de su cargo, en caso de no ser impugnado este fallo. OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE - Presidente de Sala. Radicación n° 11001-02-03-000-2019-00586-00. Con el respeto que profeso por mis compañeros de Sala, a continuación consigno las razones por las cuales me veo precisada a separarme de la decisión adoptada en la tutela identificada con la radicación precedente. 1. Los accionantes acudieron en queja constitucional aduciendo vulneración al derecho al debido proceso, dentro del juicio de responsabilidad civil médica que promovieron junto a Aura María Gil Donneys, Luz Dary Ramos Díaz, Odair y Carlos Andrés López Ramos, frente a la Clínica de la Visión S.A.S. y Salud Total EPS, en razón de la sentencia proferida por el tribunal accionado en la cual dispuso confirmar la

decisión de primera instancia que negó la totalidad de las pretensiones de la demanda. Puso de presente la parte accionante que el juzgado ad quo denegó el petitum, al considerar que no se había sustentado fáctica y jurídicamente, y el tribunal confirmó «al concluir que la valoración del material probatorio y jurídico daba para [ello]».

2. La ponencia de la cual me aparto consideró viable conceder el amparo, porque «se incurrió en causal de procedencia por defecto fáctico, al adoptar una decisión que luce arbitraria frente a la prueba recaudada en el litigio», apuntando -tras una extensa disertación sobre la responsabilidad de las entidades de salud y la patología hipertermia maligna- que «el Tribunal convocado no hizo un adecuado análisis acerca de la responsabilidad atribuida a la Clínica de la Visión S.A.S., atinente a la culpa en que ésta habría incurrido en el tratamiento de la patología presentada por el menor Anderson Gil López, esto es, “Hipertermia Maligna”, durante el procedimiento quirúrgico oftalmológico que le fue practicado el 17 de enero de 2014, la cual desencadenó su infortunado deceso». Agregó que aun cuando quedó establecida la tardanza en la consecución del medicamento Dantrolene descartó la culpa de la clínica «con argumentos insuficientes alusivos a: i) falta de normativa gubernamental para el tratamiento de aquella; ii) ausencia de protocolo o política pública para la adquisición del susodicho medicamento esencial; y, iii) el carácter de huérfana de la enfermedad, cuando tales aspectos no absuelven a la clínica de su deber general de prudencia y diligencia, orientado a disponer de dicho fármaco, o en su defecto, de una guía, orientación o protocolo para su obtención rápida, para así prevenir la producción de cualquier daño sobre el paciente, pues, iterase, es su deber devolver, luego de culminado el procedimiento, sano y salvo a éste» (subrayas ajenas al texto). Se indica además, que si bien la hipertermia maligna es una enfermedad huérfana de la que se viene hablando desde el año 1994, que el Ministerio de la Protección Social desde el 2010 en la GUÍA TÉCNICA DE BUENAS PRÁCTICAS PARA LA SEGURIDAD DEL PACIENTE EN LA ATENCIÓN EN SALUD, recomienda que las entidades de salud que presten servicios de anestesiología adopten estrategias que les permita la obtención urgente del Dantrolene para su manejo, que la entidad era conocedora de todo esto, y de lo referido por la literatura médica, para afirmar que «el centro médico oftalmológico incurrió en culpa al no tener a su disposición el mismo, o por lo menos, un protocolo efectivo para su pronta consecución, una vez se detectó la patología al menor Anderson Gil López, pues para cuando éste presentó un paro cardiorespiratorio (PCR), esto es, casi dos (2) horas después, aún el fármaco no había llegado, sin que mediara una excusa plausible, dado que, como está acreditado en el expediente, tanto las Clínicas Valle del Lili, Imbanaco y Nuestra Señora del Rosario, entre otras, tenían el mismo, no siendo atendible las manifestaciones hechas por el Tribunal acusado acerca de las circunstancias en que pudo darse la negociación o precio de éste, ya que a más que ello no fue alegado por la clínica demandada para justificar la demora, ello viene hacer simples especulaciones por carecer de sustento probatorio» (subrayas ajenas al texto).

3. Resulta importante memorar que la jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en señalar la

procedencia de la acción de amparo cuando se cuestionen decisiones judiciales, pero ello solo es posible en los eventos en que en la decisión censurada se configure lo que se ha calificado como una vía de hecho, para lo cual deben concurrir los llamados presupuestos generales y específicos de procedibilidad, estando entre estos último el denominado defecto fáctico, que ocurre «cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión». Lo anterior, por cuanto este mecanismo excepcional de defensa no ha sido concebido como una instancia adicional o alternativa a la cual puedan acudir los intervinientes en los pleitos para replantear el litigio, revivir oportunidades desdénadas o corregir los errores cometidos en la defensa de sus intereses, amen que su utilización parte del respeto y garantía a la consagración constitucional y legal de las jurisdicciones ordinarias y especiales, así como de las respectivas acciones, procedimientos, instancias y recursos que ante las mismas se surten, pues de admitirse lo contrario la jurisdicción constitucional entraría a asumir competencias que no le corresponden, sustituyendo de facto todos los demás medios judiciales concebidos para la efectividad de los derechos. Consecuente con ello, siendo que en el ejercicio de la función judicial, los juzgadores en sus decisiones únicamente están sometidos al imperio de la constitución y la ley, la procedencia de la acción de tutela tiene un carácter restringido dada la independencia que la propia Carta Política les confiere a estos para interpretar las disposiciones legales aplicables al caso y para valorar las pruebas allegadas para resolver los casos puestos a su consideración, con la única limitante del acatamiento cabal del ordenamiento y el respeto a los derechos fundamentales de los intervinientes en el juicio, cuya observancia se le impone. En ese orden, no es dable que el Juez del amparo se inmiscuya en las actuaciones judiciales, sin trasgredir dicha autonomía, quedando limitada esa intromisión, a los eventos en que se evidencie la concurrencia de alguna de las causales de procedencia, como la ya mencionada de existir defecto fáctico en la decisión, sin que de suyo ello lleve implícito que con ocasión de esta se pueda «imponer al fallador una determinada interpretación de las normas procesales aplicables al asunto sometido a su estudio o una específica valoración probatoria, a efectos de que su raciocinio coincida con el de las partes». (CSJ STC, 18 abr. 2012, rad. 2012-0009-01; STC, 27 jun. 2012, rad. 2012-00088-01; y STC, 12 ago. 2013, rad. 2013-00125-01 STC12401-2018, RAD. 2018-02565). 4. Así las cosas la acción de amparo no podrá abrirse paso contra decisiones judiciales cuando se evidencie la existencia de una discrepancia en las interpretaciones normativas o en la valoración del material suasivo allegado al pleito y en todo caso ante la eventual intervención del juzgador constitucional su competencia «está limitada de tal manera que no puede involucrarse en una tarea minuciosa orientada a hacer un nuevo estudio de los temas considerados en la controversia respectiva, como quiera que ello es del resorte exclusivo del Juez natural» (CSJ STC de 22 de sept. de 2009, Rad. 2009-00258-00). 5. En el presente caso los reparos esgrimidos por los accionantes se enfilaron contra la forma en que el tribunal valoró el material probatorio allegado al juicio que condujo a la desestimación de sus

pretensiones, advirtiéndose así que más allá del acierto o no de ese juicio de valor que hiciera la colegiatura su determinación es fruto de un raciocinio coherente que no luce antojadizo o caprichoso, más allá que pueda o no compartirse. Bajo esa óptica el amparo aquí reclamado no resultaba procedente, y menos en la forma en que se adoptó, en la cual se adentró la Sala al estudio minucioso de la situación fáctica puesta a consideración de la jurisdicción para atribuir la existencia de una interpretación arbitraria del juez colegiado y sobre todo establecer de la forma como lo hace la existencia de la culpa probada por parte de la entidad demandada. Ciertamente en la ponencia de la cual me aparto, como si se tratara de una instancia más, donde el juez constitucional pueda sustituir con su propia apreciación, el análisis e interpretación que, ajustado a las normas legales, hagan los jueces designados por el legislador para tomar la decisión correspondiente, se impone por esta vía su propio criterio al juez de la causa, a quien se le está ordenando proferir una nueva sentencia «teniendo en cuenta lo expuesto» que no fue otra cosa que establecer la existencia de culpa de la entidad demandada en la ocurrencia del hecho dañoso objeto del litigio que indiscutiblemente determina el sentido de la decisión que habrá de adoptarse, lo cual indiscutiblemente constituye una afectación al proceso que trasgrede la autonomía del juez natural. 6. Deviene de lo expuesto, que si el juez de tutela no puede convertirse en una tercera instancia revisora de la valoración probatoria del juez natural que conoce de un asunto, pues se estaría arrogando competencias que no le corresponden, salvo la manifiesta incursión de un defecto capaz de tornar la determinación en una vía de hecho, su intervención, en los eventos en que pudiera abrirse paso no puede extenderse como aquí se hace a direccionar probatoriamente el sentido de las decisiones que deben adoptar los juzgadores. Margarita Cabello Blanco – Magistrada. **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. STC3297-2019. FECHA: 14/03/2019.**

RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA – INFECÇÃO HOSPITALAR. Decide la Corte el recurso de casación formulado por el Hospital Pablo Tobón Uribe contra la sentencia del 16 de diciembre de 2013, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior de Medellín en el proceso ordinario que a la recurrente y a Carlos Ernesto Guzmán Luna les entabló José Rodrigo Giraldo Gómez, Marta Cecilia Botero, Rodrigo Alberto y Luz Dary Giraldo Botero, en el cual fue llamada en garantía la Aseguradora Colseguros S.A. I. ANTECEDENTES. A. La pretensión.- Con demanda repartida al Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Medellín, posteriormente reformada, los demandantes pretenden que se declare a los demandados civilmente responsables por los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales que padecieron a raíz de los hechos ocurridos a Jhon Freddy Giraldo Botero desde el 31 de marzo al 27 de mayo de 2004, cuando se produjo su muerte, y que en consecuencia los interpelados sean condenados a pagar: 1. A Marta Cecilia Botero un millón de pesos por perjuicios patrimoniales, 500 salarios mínimos mensuales legales vigentes (SMLMV) por perjuicios morales y 500 salarios mínimos mensuales legales vigentes por daño

a la vida de relación. 2. A José Giraldo, 500 SMLMV por perjuicios morales y 500 salarios mínimos mensuales legales vigentes por daño a la vida de relación. 3. A Luz Dary Giraldo Botero y Rodrigo Alberto Giraldo Botero, a cada uno 125 SMLMV por daños morales y 125 SMLMV por daño a la vida de relación. B. La causa petendi: Como sustrato fáctico alegaron, en síntesis: 1. Marta Cecilia Botero y José Rodrigo Giraldo contrajeron matrimonio y de esa unión nacieron Rodrigo Alberto, Luz Dary y Jhon Freddy. Este último, estando al servicio de las Fuerzas Armadas, pisó una mina antipersonal el día 31 de marzo de 2004, por lo que fue remitido al Hospital Pablo Tobón Uribe donde le brindaron los cuidados médicos iniciales, dándosele de alta el 3 de abril de ese año. De allí fue al Dispensario Militar donde presentó dolor abdominal, vómitos y sin deposiciones. Fue entonces remitido nuevamente al Hospital demandado donde se le diagnosticó un cuadro abdominal agudo. 2. Ante lo anterior, el 10 de abril de 2004 en la mencionada Institución de salud le fue practicada una cirugía para explorar su cavidad abdominal (laparotomía exploratoria). Se le detectó una torsión del intestino que impide la circulación de materia fecal y gases (vólvulos del yeyuno). Para la práctica de esa cirugía dieron su consentimiento informado tanto el paciente como su madre, en el cual se lee que el médico explicó los riesgos (sangrado, colecciones de pus, accesos, filtraciones de uniones de intestinos en caso de necesitarse, infecciones de la herida, etc.) y en qué consiste la cirugía (corte entre el ombligo y el pubis). Durante la intervención se presentó un incidente que el cirujano demandado denominó como “laceración accidental de 0.8 cm.”. 3. Después de la operación presentó el paciente hipertensión arterial y síntomas de infección sin que se hubiese hecho una correcta atención posoperatoria pues a la herida sólo le quitaron los vendajes el 13 de abril de 2004. El 15 de abril comenzó a salir por ella materia de aspecto intestinal, fétido, por lo que se le diagnosticó peritonitis fecal severa, dando lugar a que le fuese practicada una nueva cirugía en donde se detectó que la materia fecal salía por el sitio donde se había lacerado al paciente, dado que dicha herida se había abierto nuevamente. Después de este diagnóstico, el Hospital inició el tratamiento respectivo pero sin éxito, pues la salud física y mental del paciente comenzó a deteriorarse. Durante esa hospitalización a Jhon Freddy le encontraron las siguientes bacterias: *Klebsiella pneumoniae*, *E. coli*, *Enterococo faecium*, *Pseudomona aeruginosa*. 4. Después de un largo tratamiento, el 27 de mayo de 2004 el paciente no logra recuperar su salud y muere en el Hospital Pablo Tobón Uribe siendo su último diagnóstico, un cuadro séptico abdominal. C. Admitida que fue la demanda, el médico Carlos Ernesto Guzmán Luna se opuso a las pretensiones y explicó que la obstrucción intestinal por la que ingresó por segunda vez el paciente pudo haberse ocasionado por la onda expansiva de la mina antipersonal, la que puede afectar vísceras huecas como el intestino delgado, lo que no se manifiesta en los primeros días posteriores a la lesión. Agregó detalles y aclaraciones a los hechos de la demanda, de los que la Corte resalta su aseveración acerca de que el incidente presentado en la laparotomía exploratoria consistente en una laceración accidental y posterior filtración de sutura intestinal con formación de absceso, es

una de las complicaciones descritas en el consentimiento informado; se trata de un riesgo inherente a este tipo de procedimientos que no puede en ningún momento considerarse como una mala praxis médica, más si se tiene en cuenta que el paciente padecía una distensión abdominal. Además, precisó que el enfermo fue mejorando a tal punto que el médico de la unidad de cuidados intensivos dejó dicho el 15 de mayo: “sepsis abdominal resuelta”, por lo que desde esa fecha hasta el 27 de mayo, cuando falleció, en todas las notas de evolución de la historia aparece ese mismo diagnóstico de trabajo, lo que demuestra que la causa de la muerte de Jhon Freddy no se originó en el abdomen. Informa el médico interpelado que durante la hospitalización, el paciente presentó una neumonía nosocomial tardía (adquirida en el hospital), manejada en forma oportuna con ventilación mecánica, antibióticos y terapia respiratoria, a lo cual el paciente respondió adecuadamente, “permitiendo ser retirado de la ventilación mecánica, pasar de la UCI a la unidad de cuidados especiales el 25 de mayo y posteriormente, el 26 de mayo ser llevado a piso. Lo anterior indica que dicha patología fue manejada adecuadamente y por lo anterior fue superada por el paciente” (f. 133, c. 1). Como excepciones de fondo adujo la inexistencia de la relación sustancial pretendida, ausencia de culpa, ausencia de nexo causal, consentimiento informado e inexistencia y tasación excesiva del perjuicio. D. Por su parte, el Hospital Pablo Tobón Uribe contestó en similares términos a los del médico, con especial énfasis en que los intestinos del paciente estaban muy distendidos (inflados) lo que dificultaba la incisión en la cirugía e incrementaba el riesgo de laceraciones. Aclaró que en esa misma cirugía el galeno hizo una punción con una aguja en el colon para aspirar su contenido y poder cerrar el abdomen. Además, que el intervenido logró superar con éxito sus complicaciones (infección y neumonía) por lo que no es cierto que hubiese sufrido un deterioro en su estado de salud. En relación con la última infección expresa: La neumonía detectada el 17 de mayo fue un evento posterior y distinto de la infección abdominal, sólo que se presentó más adelante en el período de hospitalización (de ahí su denominación de «nosocomial»). Mediante un cultivo de aspirado traqueal se estableció que las bacterias que originaron la neumonía fueron la *Klebsiella pneumoniae* y *pseudomona aeruginosa* (que son diferentes a los de la primera infección, dado que se estableció su diferente sensibilidad a los antibióticos) (f. 161, c. 1). Habiéndose superado ambas infecciones sostuvo entonces el Hospital por conducto de apoderado, que “la muerte del paciente se presentó de manera súbita y que no fue consecuencia de los dos eventos diferentes de infección que había presentado, ni obedece tampoco a la más mínima falla en la atención médica y hospitalaria que se le brindó en el Hospital Pablo Tobón Uribe” (f. 163, c. 1). Recalca que nada permitía suponer que se presentara esa muerte súbita sin ninguna señal previa que la anunciara, por lo que cuando “se detectó que el paciente estaba en paro, la enfermera hizo las maniobras de reanimación pero ya el paciente había muerto”. La causa más probable de la muerte, aunque no está comprobada -dice-, fue un tromboembolismo pulmonar masivo, riesgo al cual está sometido cualquier paciente con hospitalización prolongada y que no puede

eliminarse totalmente a pesar de que se tomen medidas adecuadas para prevenirlo, tales como el suministro de nadroparina, como se hizo en este caso. E. El Hospital Pablo Tobón Uribe llamó en garantía a la Aseguradora Colseguros S.A. con la pretensión de que fuese condenada a reembolsarle, dentro de los amparos del contrato de seguro con cobertura de responsabilidad civil profesional contenido en la póliza 900000121, lo que tuviese que pagar a los demandantes en virtud de una eventual condena en su contra. Admitido el llamamiento y notificada la Aseguradora, manifestó su oposición a las pretensiones de la demanda incoatoria del proceso, respecto de la cual propuso las excepciones de mérito de inexistencia de responsabilidad civil, ausencia de nexo causal, ausencia de error de diagnóstico, inexistencia de la obligación de indemnizar, indebida y exagerada tasación de los perjuicios producidos. En lo atinente al llamamiento también manifestó su oposición con fundamento en la tarea para lograr defensa que adujo respecto del libelo original, poniendo además de presente el límite del valor asegurado y la improcedencia de actualización monetaria de la suma asegurada por ser la eventual deuda de la Aseguradora, una obligación dineraria y no de valor. F. La primera instancia fue fulminada por el Juzgado Adjunto al Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Medellín (f. 389 a 407, c. 1) con sentencia en la que declaró la ausencia de culpa en la conducta desplegada por los demandados y la ausencia de nexo causal entre la misma y el resultado-muerte de Jhon Freddy Giraldo Botero. G. Para desatar la apelación que los perdidosos interpusieron, el Tribunal dictó la sentencia objeto del recurso de casación. En ella desestimó las pretensiones formuladas contra Carlos Ernesto Guzmán Luna, a quien por ende absolvió, y condenó al Hospital Pablo Tobón Uribe a indemnizar los perjuicios reclamados por los demandantes, así: El equivalente a 100 SMLMV por concepto de perjuicios morales, y una suma igual por daño a la vida de relación, para cada uno de los padres del occiso, señores Marta Cecilia Botero y José Rodrigo Giraldo Gómez, por razón de la acción contractual heredada. El equivalente a 70 SMLMV para cada uno de los padres mencionados por concepto del perjuicio moral reclamado en ejercicio de acción personal. El equivalente a 30 SMLMV para cada uno de los hermanos demandantes Rodrigo Alberto y Luz Dary Giraldo Botero por concepto de perjuicios morales. En relación con la pretensión revérsica condenó a la Aseguradora a reembolsar al Hospital llamante la cantidad de \$85.000.000,00 de las sumas que pague a los demandantes en cumplimiento de la sentencia. II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL. A. Luego del resumen de lo acontecido en el proceso, desde su origen hasta los argumentos de la apelación contra el fallo recurrido, identifica el Tribunal tres problemas jurídicos que debe abordar: en primer lugar, si la laceración producida en el intestino de Jhon Freddy Giraldo Botero durante la intervención quirúrgica de laparotomía exploratoria que le fue practicada el 10 de abril de 2004 por Carlos Ernesto Guzmán Luna en el Hospital Pablo Tobón Uribe obedeció a un error cometido por el galeno. En segundo lugar si es atribuible a culpa del médico la filtración de la sutura hallada en cirugía posterior. Y en tercer lugar, si la entidad hospitalaria codemandada probó el cumplimiento de las obligaciones de seguridad a su cargo.

B. Con tal propósito, primero destaca, con apoyo en jurisprudencia de esta Corporación, que por regla general, la obligación adquirida por el médico es de medios. Seguidamente, alude a los artículos 34 de la Ley 23 de 1981 y 1º de la Resolución 195 de 1999 del Ministerio de Salud por la cual se establecen normas para el manejo de la historia clínica, deteniéndose además en el 15 de la primera normatividad en cuanto a que el médico debe pedir consentimiento a su paciente para aplicar los tratamientos y procedimientos que considere indispensables y que pueden afectarlo física o psíquicamente, con explicación anticipada de las consecuencias. En esa línea, subraya además que la responsabilidad del médico no va más allá del riesgo previsto, del cual advertirá al paciente o a sus familiares y allegados, débito que se cumple brindando a estos información de manera prudente. De ello debe dejar constancia en la historia clínica. C. En relación con la obligación de seguridad que adquieren las entidades hospitalarias frente al paciente, con transcripción de fragmentos de las sentencias del 12 de septiembre de 1985 y del 1º de febrero de 1993 proferidas por esta Corporación, destacó que el centro asistencial debe tomar las medidas necesarias para que el usuario de sus servicios no sufra algún accidente en el curso o con ocasión del cumplimiento del contrato, pues si además de su tratamiento, persigue que le brinden las seguridades que lo pongan a cubierto de situaciones riesgosas, en los contratos de hospitalización surge un deber de procurar la seguridad personal del enfermo por lo que el centro asistencial debe tomar las medidas necesarias. En otro precedente jurisprudencial que reproduce (sentencia del 18 de octubre de 2005) pone de presente el Tribunal que cuando el paciente confía su cuerpo al centro clínico, la entidad asistencial asume de manera determinada el compromiso de evitar que aquel sufra cualquier accidente, obligación de la cual solamente puede exonerarse demostrando que el mismo obedeció a una causa extraña. Mas, si hay una inferencia activa del usuario de los hechos o intervienen con frecuencia sucesos azarosos, como la actividad del centro hospitalario no está enteramente bajo su control, su obligación se concreta en un deber de diligencia y prudencia. D. Alude seguidamente a la responsabilidad por daños derivados de infecciones intrahospitalarias, punto que aborda de la mano de la sentencia del 29 de agosto de 2013 proferida por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, del Consejo de Estado, en la que se considera que ese tipo de infecciones no pueden ser calificadas como casos fortuitos porque no son ajenas a la prestación del servicio público de salud, constituyen más bien un riesgo que puede servir como factor para atribuir jurídicamente responsabilidad a la Administración, a más de que “el caso fortuito que quiebra la relación de causalidad en la responsabilidad objetiva es el externo al ámbito de actuación de los establecimientos asistenciales, pues el interno se confunde con la esfera de acción de su propio riesgo”. E. Se refiere luego al reconocimiento de las condiciones de desigualdad, características de las relaciones de consumo y a la protección reforzada al consumidor, con miras a establecer que el usuario de los servicios asistenciales de salud tiene el carácter de consumidor, siéndole aplicables, por tanto, las disposiciones que rigen el derecho del consumo y que imponen al proveedor la obligación de

prestar servicios de calidad (artículos 2º del decreto 3466 de 1982 y 6º del decreto 1480 de 2011). F. Con el anterior marco conceptual descende al caso concreto, comenzando por la nota operatoria que se registra en la historia clínica el 10 de abril de 2004, en punto del consentimiento informado del paciente para la práctica de la laparotomía exploratoria en donde quedaron establecidos los riesgos, ciertamente inherentes a esta cirugía, según dice que lo corroboran los testigos técnicos y el dictamen pericial practicado en el proceso. Lo anterior le permite concluir que ese consentimiento informado libera al galeno de la responsabilidad por el acaecimiento de alguno de tales riesgos, si no hay culpa de su parte. Y como la laceración del intestino constituye un riesgo inherente a la laparotomía exploratoria y no hay prueba que obre en el proceso sobre la culpa del médico, se impone entonces su absolución. En esa misma dirección, el Tribunal considera que tampoco hay prueba de que la filtración de materia fecal por esa herida y que fue la génesis de la peritonitis, se hubiese debido a error médico en la realización de la sutura. Antes bien, de acuerdo con los testimonios técnicos recibidos, la causa más probable de esto fue una nueva distensión intestinal. G. En lo que hace a la situación del centro asistencial demandado, distingue la obligación a su cargo, pues al paso que la del médico es de medios, la del hospital es de seguridad, en la que se reclama mayor exigencia para exonerarse de responsabilidad “según que el paciente haya realizado o no alguna conducta que lo torne partícipe en la producción del resultado dañoso, pues en tal caso, a la clínica le bastará demostrar diligencia y cuidado, al paso que no mediando participación del paciente en la producción del daño, pesará sobre el hospital la carga de probar una causa extraña, si es que pretende ser exonerado de responsabilidad” (f. 64 vto., c. 7). En esa historia clínica registra el ad quem que habiendo ya superado el episodio de la sepsis abdominal, el 17 de abril de 2004 (sic) el paciente ingresa a la unidad de cuidados intensivos (UCI) por una neumonía nosocomial tardía, tratada con antibióticos de amplio espectro mientras se obtenían los resultados de los estudios microbiológicos, permaneciendo entretanto el paciente allí con soporte ventilatorio. El 19 de mayo se identifica la bacteria y se le cambia el régimen antibiótico para dar un cubrimiento preciso según el germen detectado; el paciente continúa siendo valorado por los especialistas en medicina interna, infectología, cirugía, fisioterapia, terapia respiratoria y terapia física en la unidad de cuidados intensivos. Pero con la buena evolución respiratoria y la adecuada respuesta al tratamiento antibiótico se decide que sea trasladado a la unidad de cuidados especiales (UCE) el 25 de mayo, siendo evaluado ese día en esa unidad nueva a las 9:45 P.M. Quedó registrada una nota de evolución del especialista: “pcte. más estable, por lo cual lo trasladaron requiere monitoreo hemodinámico y ventilatorio” (f. 65) Destaca el Tribunal que el 26 de mayo es evaluado por el especialista de turno a las 10:18 registrándose una nota de evolución que dice “estable, se traslada a piso”, pero sin observación alguna sobre la vigilancia respiratoria ordenada el día anterior. A las 4:00 P.M. se registra en notas de enfermería que fue recibido el paciente en el piso; a las 6:00 P.M. se incluye otra nota de enfermería: “diaforético se comunica a través de gestos”; a las

8:00 P.M. otra auxiliar de enfermería describe al paciente como “pálido, diaforesis constante, dando respuesta verbal, se comunica por medio de señales”. Y una más a la 1:00 A.M. del 27 de mayo, en la que ya el paciente se encuentra sin signos vitales y el médico de turno lo da por fallecido. Se detiene seguidamente el Tribunal en las notas de evolución del médico de turno, quien a la 1:40 A.M. describe: “se solicita valoración por este servicio a la 1:30 A.M. dado el tiempo de progresión (30 min) de un paro no asistido, se decide no realizar maniobras. Se expide certificado de defunción” (f. 65 vto.). H. Con el anterior cuadro fáctico se pregunta el Tribunal: 1. Si el paciente fue trasladado de la UCI a la UCE el día 25 de mayo «para continuar vigilancia respiratoria», y la misma nota del 25 de mayo a las 9:45 P.M. en ingreso a la unidad de cuidados especiales manifiesta que «se continuará vigilancia», ¿por qué se decide al día siguiente su traslado a piso, un servicio de menor complejidad, no habiendo transcurrido siquiera 24 horas de estancia en la unidad de cuidados especiales? 2. ¿Son 24 horas suficiente tiempo para evaluar las condiciones ventilatorias y/o hemodinámicas de este paciente y decidir su traslado a un servicio de menor complejidad? 3. ¿No pesaron en esta decisión las varias semanas de estancia del paciente en la UCI? 4. Como no existen notas de evolución médica entre las 10:18 A.M. del 26 de mayo y la 1:40 A.M. del 27 de mayo, para el Tribunal es claro que en el servicio institucional de piso al cual fue traslado, el paciente no fue evaluado por ningún profesional médico, pues sólo consta en las notas de enfermería que dejan entrever un aparente deterioro de sus condiciones sin evaluación de ningún profesional de turno, “quedando así en entredicho la vigilancia respiratoria que fue ordenada al paciente inicialmente” (f. 65 vto.). Se pregunta entonces: “¿Cuál fue entonces el seguimiento realizado al paciente?” 5. ¿Cuál es el criterio para que un enfermo de estas condiciones (en repetidas notas de evolución se califica como «paciente crítico») no sea evaluado inmediatamente por un profesional médico en el servicio al cual es trasladado? I. Para el Tribunal, Jhon Freddy quedó al cuidado del personal de enfermería, con un entrenamiento básico pero no suficiente para determinar cuándo la variación de las condiciones clínicas o de algunos parámetros respiratorios o circulatorios puede desembocar en un desenlace fatal. Otro aspecto examinado por el Tribunal fue el de la demora en el llamado al profesional médico de turno (30 minutos), por lo que se presentó un paro no asistido que llevó al galeno a no realizar maniobras de resucitación. J. Pasa al examen del dictamen pericial, del cual destaca: 1. Que el manejo médico del cuadro de abdomen agudo fue adecuado. 2. La sutura de la laceración producida se realizó de acuerdo con las guías de manejo establecidas para este tipo de lesiones. 3. La filtración posterior al procedimiento se puede explicar como el producto de la distensión abdominal. 4. La infección abdominal fue manejada adecuadamente. 5. La neumonía nosocomial puede ser una complicación de la traqueostomía realizada dado que ésta aumenta el riesgo de adquirir infecciones y si bien se trató con antibióticos adecuados “el paciente no alcanzó el número de días mínimos de tratamiento (siete días), pues falleció al sexto día de iniciado el esquema antibiótico correspondiente, según explica la perito” (f. 66). 6. Durante la

estancia en la unidad de cuidados especiales Jhon Freddy no presentó signos de falla ventilatoria o inestabilidad hemodinámica que indicara deterioro de su estado, “aunque se debería considerar si menos de 24 horas es tiempo suficiente para regular lo anterior” (f. 24 vto.). 7. No es concluyente el dictamen en cuanto a que la causa de la muerte fuese la infección abdominal o la neumonía. El dictamen no lo determina pues según la experta estos procesos parecen haberse controlado según los datos de la historia clínica, no siendo posible afirmarlo con los meros datos allí registrados, pero si el paciente falleció por un tromboembolismo pulmonar se podría concluir que no existió falla en el tratamiento médico u hospitalario, lo cual no se puede determinar con la historia clínica. K. El juez colegiado considera que si se acreditó la adquisición de una neumonía nosocomial luego de haber superado el paciente la infección abdominal, si no alcanzó a culminar el tratamiento de aquella y si hubo ausencia de vigilancia respiratoria desde el momento en que fue trasladado de la unidad de cuidados especiales a piso, en donde apenas alcanzó a estar 8 horas, “bien puede concluirse que esa grave infección respiratoria, no franqueada aún para el momento del deceso, determinó el triste desenlace” (f. 24 vto.). L. Transcribe el juzgador de segunda instancia segmentos de jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la dificultad del establecimiento del nexo causal y la aplicación de diferentes reglas (res ipsa loquitur, culpa virtual, probabilidad estadística) para averiguarlo, así como a tener por acreditado este elemento cuando existe un grado suficiente de probabilidad y a la importancia de la prueba indiciaria. Seguidamente, afirma que la entidad hospitalaria demandada incumplió la obligación de seguridad que tenía para con su paciente, tanto al contraer este una infección hospitalaria que le deterioró la salud, como al desatender las órdenes médicas impartidas por los profesionales de los servicios de UCI y UCE sobre su vigilancia respiratoria. Encuentra al Hospital demandado responsable sin que hubiese demostrado algún medio exceptivo, desconociendo tal carácter en aquellos que fueron propuestos en la contestación de la demanda pues fueron simples oposiciones a lo pretendido. M. En relación con el perjuicio y su prueba, memora que quedó suficientemente acreditado el deceso de Jhon Freddy Giraldo Botero, su larga hospitalización durante la cual adquirió la infección respiratoria que afectó su vida de relación y le causó perjuicio moral, los cuales transmite a sus herederos y cuya cantidad el Tribunal estima en 100 SMLMV para cada uno de ellos, padre y madre, cuyos perjuicios morales propios estima asimismo en 70 SMLMV y en 30 SMLMV para los hermanos del occiso demandantes. No encuentra acreditado el daño a la vida de relación ni los perjuicios patrimoniales pretendidos, los cuales desestima. N. En cuanto al llamamiento en garantía, advierte que no se hace diferencia en la póliza acerca del tipo de responsabilidad cubierta, pero entiende que la contractual y la extra contractual se encuentran amparadas por tratarse de una “responsabilidad civil sanidad”. Además, en dicha póliza se protege la responsabilidad civil profesional por perjuicio moral y fisiológico con deducible del 10% con un mínimo de \$150.000.000,00, por lo que infiere que Colseguros debe reembolsar a la institución llamante la suma de \$85.800.000 pues los 400 SMLMV

impuestos al demandado equivalen a \$235.800.000.00. III. LA DEMANDA DE CASACIÓN. Se contrae el estudio de la demanda a los cargos segundo y tercero que fueron admitidos, de los tres que se formularon. El segundo se centra en afirmar la conducta diligente del Hospital, con énfasis en que la “neumonía nosocomial tardía” que padeció Jhon Freddy Giraldo Botero constituye un riesgo inherente al tratamiento que la entidad interpelada prescribió en procura de vencer la infección abdominal padecida por el paciente, consecuencia ésta de la laceración accidental producida en el curso de una laparotomía exploratoria que se le práctico para afrontar el cuadro abdominal agudo con que ingresó a la entidad. En suma, el cargo segundo examina la culpa y la relación causal entre la conducta culposa y el daño padecido. El tercer cargo aborda esos mismos elementos de la responsabilidad civil, pero en otro estadio del prolongado tratamiento, esto es, cuando ya al final, Jhon Freddy es trasladado de la unidad de cuidados especiales al cuarto, donde fallece, dado que el Tribunal consideró precipitado ese traslado y negligente su vigilancia por el personal de enfermería, todo lo cual condujo a su deceso, cuestiones estas que el casacionista se propone rebatir. Por tanto, al controvertir los mismos elementos de la responsabilidad civil que se le endilgó a la demandada, denunciar la violación de las mismas normas sustanciales por error de hecho en la apreciación de las mismas pruebas y admitir similares consideraciones para su despacho, la Corte habrá de examinar los cargos antedichos de modo conjunto, previo su resumen, como sigue. SEGUNDO CARGO. A. Con fundamento en la primera causal de casación, se acusa la sentencia del Tribunal de ser indirectamente violatoria de las normas sustanciales contenidas en los artículos 1494, 1495, 1501, 1602, 1603, 1604, 1613, 1614, 1615, 1621, 1625, 1626, 1627, 2063 y 2056 del Código Civil y del principio de la buena fe en la celebración y ejecución de los contratos, en cuanto a las pretensiones de los demandantes en ejercicio de su acción hereditaria contractual; y del artículo 2341 de ese mismo estatuto, en cuanto a las pretensiones de los demandantes en ejercicio de la acción personal extracontractual, todo ello como consecuencia de error de hecho en la apreciación de las pruebas que lo llevaron a no dar por demostrado, estándolo: a) que el hospital demandado fue diligente y cuidadoso, desconociendo el ad quem que en la relación contractual adquirió una obligación de seguridad, pero de medios, extinguida por pago; b) y que fue cuidadoso y diligente para evitar que contrajera la infección y para tratar la infección pulmonar tardía que se presentó por lo cual, en el marco extracontractual, no era aplicable el artículo 2341 del Código Civil. B. En procura de su demostración indica la censura que en el fallo del Tribunal no hay consideración probatoria alguna sobre una culpa del Hospital que sea la causa de la infección pulmonar tardía, porque el órgano colegiado entendió que este centro de salud había incumplido su obligación de seguridad relativa a las infecciones por el sólo hecho de que el paciente hubiera adquirido una, calificando por consiguiente aquella obligación como de resultado, siendo entonces explicable que no se efectuara ningún análisis probatorio acerca de la culpa como causa de la infección ni se examinaran las pruebas que demuestran que el establecimiento sanitario resistente actuó

con diligencia y cuidado. En este aspecto, dice que el Tribunal cometió error de hecho al no tener en cuenta las pruebas de que la infección pulmonar tardía era un riesgo inherente a la condición del paciente y los tratamientos que requirió. Así, pretirió los testimonios de los doctores Sergio Iván Hoyos Duque y Rodrigo Toro que lo explicaron, según transcripciones que efectúa; omitió el dictamen pericial que concluyó en que la neumonía era un riesgo inherente a la traqueostomía a que había sido sometido el paciente en la unidad de cuidados intensivos; y pasó por alto la historia clínica en la que se explicó que uno de los riesgos inherentes a la traqueostomía era una posible infección. Dislates todos de trascendencia en la decisión pues, de haber apreciado esas pruebas, el Tribunal hubiera concluido que las condiciones propias del paciente comportaban el riesgo de contraer infecciones en la hospitalización, que la ventilación mecánica y la traqueostomía -procedimientos necesarios- implicaban el riesgo de contraer infecciones, que no es posible eliminar esos eventos y, en fin, que los mismos fueron explicados por los médicos a la madre del paciente antes de practicar la traqueostomía. C. De otra parte, califica al Tribunal de omiso por no detenerse en los medios de convicción que demostraban la diligencia y cuidado del Hospital para prevenir los riesgos de infección: a) el testimonio del doctor Carlos Alberto Cadavid quien declaró sobre las precauciones adoptadas para prevenir una infección respiratoria, con transcripción de apartes de su declaración, y b) el dictamen pericial que se refirió a la necesidad de practicar la traqueostomía como medio para manejar las secreciones pulmonares. Asimismo, lo tilda de haber olvidado las declaraciones de los doctores Carlos Alberto Cadavid y Rodrigo Toro, cuyos apartes transcribe, así como el dictamen pericial que para la censura demuestran que el centro de salud tuvo la diligencia y cuidado necesarios para superar la infección pulmonar cuando se presentó. En suma, concluye el cargo que si el Tribunal hubiese apreciado las pruebas antes indicadas como preteridas y que conducían a tener por demostrado que la infección era un riesgo inherente a las condiciones del paciente y que los tratamientos que había recibido fueron exitosos, habría concluido que no hubo culpa del hospital tanto en la causa de la aparición de la infección como en el incumplimiento que le achacó a la obligación de seguridad a su cargo así como de la responsabilidad extracontractual basada en la culpa según el artículo 2341 del Código Civil. TERCER CARGO. En este cargo se acusa la sentencia del Tribunal de violar indirectamente las normas sustanciales contenidas en los artículos 1494, 1495, 1501, 1602, 1603, 1604, 1613, 1614, 1615, 1621, 1625, 1626, 1627, 2063 y 2056 del Código Civil y del principio de la buena fe en la celebración ejecución de los contratos, en cuanto a las pretensiones de los demandantes en ejercicio de su acción hereditaria contractual; y del artículo 2341 de ese mismo estatuto, en cuanto a las pretensiones de los demandantes en ejercicio de la acción personal extracontractual, todo ello como consecuencia de errores facti in judicando que llevaron al sentenciador a dar por demostrado (A) que el paciente Jhon Freddy Giraldo no superó una neumonía tardía adquirida durante su hospitalización, (B) que esa neumonía tardía fue la causa de su muerte y (C) que hubo culpa en el tratamiento de la misma a partir

del momento en que el paciente fue llevado de la unidad de cuidados especiales al cuarto de hospitalización. A. En cuanto hace a los errores de hecho que llevaron el Tribunal a concluir que la neumonía tardía no había sido superada cuando falleció el paciente, se acusa a este juez de haber desconocido el dictamen pericial, en el que la experta indicó que en la historia se consignaron varios datos atinentes a que la neumonía nosocomial había sido superada, que no puede afirmarse que la causa de la muerte del paciente fuera la infección abdominal o la neumonía pues estos procesos parecen haberse controlado. Pero además, señala que el Tribunal recortó ese dictamen aislando frases con las cuales dedujo que la neumonía tardía no había sido contenida, siendo que la auxiliar de la justicia, no obstante haber advertido que el tratamiento de mínimo siete días no se había alcanzado pues falleció el paciente al sexto día, indicó que esa infección había sido vencida, sin que afirmara que por haber fallecido antes de culminar el tratamiento no se hubiera derrotado la infección. También interpretó de manera inadecuada el Tribunal otra de las respuestas que figuran en el dictamen, la de si puede afirmarse que la muerte del paciente tuvo por causa la infección abdominal o la neumonía que luego fue diagnosticada, y que la experta contestó que ello no podía afirmarse porque esos procesos (infección abdominal y neumonía) parecen haberse controlado según los datos de la historia clínica; pero esta respuesta sirvió al ad quem para afirmar que la perita no había sido concluyente en negarlo, pasando por alto otros apartes del dictamen en el que la profesional afirmó que “en la historia hay consignados varios datos que muestran que la neumonía nosocomial fue superada, como el hecho de poder ser extubado y lograr respiración espontánea, hallazgos al examen físico pulmonar, mejoría de reactantes de inflamación y fiebre”. En línea con lo anterior, afirma el impugnante que varios testigos médicos coincidieron con el dictamen pericial. Así, el doctor Carlos Alberto Cadavid se refirió a que en la unidad de cuidados intensivos se trató al paciente con éxito y que el 17 de mayo cuando ingresó por fallas respiratorias fue tratado de modo que siete días después “se le trasladó de la unidad de cuidados intensivos en condiciones estables, sin fiebre, consciente, con una proteína C-reactiva de 0.2,... Lo cual indica resolución del proceso infeccioso” (f. 83, c. Corte). Del mismo modo, el doctor Rodrigo Toro también afirmó que el paciente había vencido su cuadro de neumonía y que para el 26 de mayo, cuando se le trasladó de la unidad de cuidados especiales al piso, era indicativo de que su cuadro clínico había mejorado y se había superado sin que su muerte al día siguiente tuviese relación alguna con la infección abdominal ni por la neumonía pues había sido resuelta. Y el doctor Sergio Iván Hoyos Duque, al interpretar la ausencia de secreciones anotada a las seis de la tarde, indicó que “no había problemas como obstructivos o respiratorios en ese momento, que todo estaba bien”. En suma, todos esos errores condujeron el Tribunal a no ver que la neumonía tardía ya había sido superada. B. Esos mismos medios de convicción lo llevaron a concluir erradamente que la neumonía tardía fue la causa de la muerte de Jhon Freddy, desconociendo que si esa neumonía ya había sido superada no podía ser entonces la causa de la muerte. C. Además, cometió yerro de hecho al ignorar que

no fue posible establecer la causa del fallecimiento, pues la pericia afirmó que con la sola historia clínica, no podía determinarlo; pero el Tribunal, contra lo allí dicho, estableció que fue la grave infección respiratoria no franqueada fue lo que ocasionó el deceso. El Tribunal desconoció las pruebas que demuestran que hay varias posibles causas de la muerte, distintas de la neumonía tardía, pruebas que de haber visto hubiera inferido que el deceso del paciente fue súbito. Al efecto, manifiesta la censura que en el dictamen pericial se determinó que la causa del fallecimiento no fue la infección abdominal ni la neumonía, según lo ya indicado, y que no fue posible determinarla, pero que el tromboembolismo pulmonar pudo serlo, pues a él se refiere el dictamen y la prueba testimonial, según los dichos de los doctores Sergio Iván Hoyos Duque, Rodrigo Toro, Carlos Alberto Cadavid, Carlos Ernesto Guzmán Luna, de acuerdo con transcripciones que de sus declaraciones hace el cargo. Incurrió en error de hecho el Tribunal al refrendar su conclusión sobre que la neumonía tardía fue la causante de la muerte, con base en pruebas indirectas soportándose en sentencia del Consejo de Estado, pero sin explicar cómo y por qué eran aplicables esos métodos de prueba indirecta (*res ipsa loquitur*, culpa virtual, prueba *prima facie* o probabilidad estadística) a que hizo referencia esa autoridad judicial. En todo caso, en su sentencia, el máximo tribunal de lo contencioso administrativo precisa que esas reglas aplican cuando se trate de resolver casos concretos en los cuales no se cuente con dictamen serio y fundamentado que establezca o niegue la relación causal; pero en este caso sí existe ese dictamen. Además, para la aplicación de esos métodos indirectos de prueba el Consejo de Estado exige que obre prueba que indique que el daño, por su anormalidad o excepcionalidad, sólo puede explicarse por la conducta negligente del médico sin que sea dable, por tanto, acudir a tales métodos cuando dicha diligencia es sólo una entre varias causas posibles. Pero en este caso el Tribunal pasó por alto que no existe prueba de las reglas científicas, objetivas o estadísticas que permitieran afirmar que la infección nosocomial era probablemente la causa de la muerte; por el contrario, las pruebas existentes demuestran improbabilidad de que esa neumonía, que ya no existía, pudiera ser considerada como la causa del fallecimiento. Por lo demás, faltaba otro presupuesto que el *ad quem* pasó por alto y que exige la sentencia del Consejo de Estado, de la que se valió aquella corporación, consistente en que el daño sólo pueda explicarse por el hecho en cuestión, esto es y para el caso, por la neumonía tardía; en otras palabras, cuando se desconoce de manera directa la causa de la muerte y hay varias causas posibles para explicarla no es posible acudir al sistema *res ipsa loquitur* para escoger como causa la culpa médica y desechar las otras posibilidades. En el presente caso el Tribunal olvidó las pruebas existentes que partieron de la base de que no se pudo establecer directamente la causa de la muerte del paciente. C. En lo referente a los errores de hecho cometidos por el juzgador colegiado al dar por probada varias culpas cometidas en el tratamiento de la neumonía tardía desde cuando el paciente se trasladó al cuarto de hospitalización, (atención médica negligente y tardía y traslado precipitado al piso) afirma el casacionista que el Tribunal cometió estos errores: 1. Insinuó que era una culpa haber

trasladado al paciente de la unidad de cuidados especiales al piso, desconociendo que ese traslado era adecuado en ese momento. El error de hecho recayó entonces en la apreciación del dictamen pericial pues a la experta se le preguntó si ese traslado era adecuado para la evolución del estado de salud del paciente después del tratamiento de la neumonía, a lo que respondió que el traslado de la UCI a la UCE se hizo luego de una prueba de ventilación que el paciente toleró adecuadamente, que en esta última unidad no presentó signos de falla ventilatoria o inestabilidad hemodinámica que indicara deterioro de su estado, por lo cual fue traslado al piso. Sin embargo, el Tribunal encontró precipitado su último traslado pues duda que menos de 24 horas sea tiempo suficiente para esa decisión. También los médicos Cadavid y Toro estimaron adecuados los traslados. 2. Supuso que los especialistas de la UCI y de la UCE ordenaron hacer vigilancia respiratoria del paciente en el piso. Pero esta orden estaba solo prescrita para la estadía del paciente en la unidad de cuidados especiales. Tal conclusión se evidencia, para el impugnante, de la historia clínica en la que figuran las órdenes del médico de la UCI que cuando ordena el traslado a la UCE anota “para continuar con vigilancia respiratoria”. Y cuando el médico de esta última unidad recibe al paciente anota “requiere monitoreo hemodinámico y respiratorio”; pero cuando el 26 de mayo el paciente es evaluado por el especialista de turno y decide remitirlo a una habitación anota “estable, se traslada a piso”, sin que hubiese ordenado vigilancia respiratoria. 3. Desconoció que el paciente sí recibió en el piso asistencia respiratoria con oxígeno nebulizado y con medidor de saturación pues así consta en la historia clínica, y que un especialista en terapia respiratoria y las enfermeras verificaron varias veces que la traqueotomía estuviera bien y el estado respiratorio del paciente fuera adecuado. 4. Dedujo que el occiso era un paciente crítico cuando fue trasladado de la unidad de cuidados especiales a piso y por ello cuestionó que no hubiese sido atendido por un médico al llegar allí; sin embargo, tal conclusión fue el producto de un error fáctico por no apreciar la declaración del testigo médico doctor Rodrigo Toro quien explicó el sentido de la expresión “PNP paciente crítico” que no significaba que fuera un paciente crítico sino que padecía “polineuropatía del paciente crítico”, que es la condición muscular de los pacientes que tuvieron ventilación mecánica y se trata de una secuela que aparece en los pacientes que estuvieron antes en estado crítico. 5. Estimó erradamente, pues no hay prueba que así lo corrobore, que el personal auxiliar de enfermería no estaba capacitado para vigilar la evolución en el piso adonde llegó el paciente luego de su traslado de la unidad de cuidados especiales. 6. Supuso que el paciente estaba en aparente deterioro desde cuando llegó de la unidad de cuidados especiales al piso y de allí dedujo que la asistencia hospitalaria no fue adecuada. El error de hecho cometido por el Tribunal consistió en que las notas de enfermería (“diaforético y se comunica a través de gestos; pálido, diaforesis constante, no respuesta verbal, se comunica por medio de señales”) significaron para la corporación un deterioro. Pero se pregunta: “¿de dónde concluyó el tribunal que dichos signos implican deterioro del paciente?” (f. 116, c. Corte). Pero, arguye, es que el tribunal omitió citar otras notas de la

historia en que se narra con detalle la situación del paciente y se evidencia que las enfermeras tomaron en cuenta sus signos y síntomas sin reportar aparente deterioro: que el paciente tenía oxígeno nebulizado, cuando se revisaron sus signos y síntomas incluidos los respiratorios, que se verificó la traqueostomía, la nota del especialista en terapia respiratoria en la que consta que al paciente se le hicieron maniobras de higiene bronquial sin obtener secreciones, la nota del fisioterapeuta que al examinar al paciente le hizo los ejercicios, la nota en donde se plasman todos los medicamentos suministrados al paciente, la nota final en la que consta que el paciente pasó sus últimas seis horas con suministro permanente de oxígeno. En síntesis, dice la censura que nada permite afirmar, como el Tribunal lo hizo, que el paciente tuviera deterioro durante su permanencia en piso. 7. A partir de la nota del médico acerca de que el paciente tuvo un paro no asistido durante 30 minutos, erróneamente infringió negligencia en las maniobras de reanimación, desconociendo las notas de enfermería donde consta que las enfermeras sí las hicieron con ambú y masaje cardíaco. Supuso que el paciente seguía con vida a la 1:00 AM cuando la madre llamó a la enfermera y esta lo encontró sin presión arterial, sin pulso, midriático bilateral no reactivo y sin trazo electrocardiográfico detectable. Además, cometió un segundo error cuando supuso que el paciente había fallecido a la 1:30 de la mañana después de 30 minutos de un paro no asistido, cuando lo único que se probó es que el médico llegó a la 1:30 de la mañana. Por lo demás, dice la censura que ninguna prueba permite suponer que las maniobras de resucitación, si se hubieran hecho a partir de la 1:00 de la mañana hubieran cambiado el curso final del evento. Pero el Tribunal pasó por alto las notas de enfermería que muestran que la enfermera atendió el paro de inmediato a la 1:00 de la mañana cuando fue informada por la madre, que el paciente estaba sin frecuencia respiratoria, sin actividad cardíaca, con pupilas mediáticas no reactivas. En síntesis, como consecuencia de los anteriores yerros manifiesta la censura que el juzgador ad quem violó los artículos inicialmente mencionados pues estableció el incumplimiento contractual y los supuestos para declarar la responsabilidad extra contractual del Hospital. CONSIDERACIONES. A. El error de hecho manifiesto y trascendente. En este litigio, el Tribunal encontró demostrado el daño (muerte del joven Giraldo Botero), la conducta culposa del Hospital y el nexo causal entre el primero y el segundo, de los cuales la causa del deceso y la conducta profesional desplegada por el personal de la institución de salud son el foco de la impugnación, pues la censura considera que, sólo a partir de los yerros de hecho afirmados como cometidos en la apreciación de las pruebas pudo el Tribunal arribar a tamaña conclusión. Cuestiones fácticas todas que en relación con su acreditación en el proceso son, en línea de principio, del resorte de las instancias, de allí que la Corte haya predicado de modo uniforme y constante, la discreta autonomía de que gozan los tribunales en la apreciación del caudal probatorio y en el grado de persuasión que el mismo le ofrece, pues es inherente tal facultad a su oficio de dispensar el derecho, lo que no acontece forzosamente en el plano casacional en donde otros fines se persiguen, y por ello, el recurso extraordinario se muestra disímil de las instancias que

le preceden. De las muchas ocasiones en que ha tenido la Corte de referirse al anterior aserto, toma ahora en cuenta este pasaje que de modo insistente y con cita de otros precedentes, así lo enseñó: Cuando las sentencias suben a la Corte con consecuencia de la formulación del recurso extraordinario de casación, llegan amparadas en su integridad por la presunción de acierto, tanto en la apreciación de los hechos como en las consideraciones jurídicas o legales que de la situación litigiosa haya hecho el Juzgador de segundo grado. Y como éste goza de una discreta autonomía en la estimación de los elementos de convicción incorporados al proceso, sus conclusiones al respecto asumen la singular característica de ser intocables en casación, en la medida en que por la parte impugnante no se demuestre con certeza que el ad quem, al efectuar tal apreciación incurrió en yerro evidente de hecho o en uno de valoración, puesto que la distinta estimación que de la prueba haga el impugnante mediante el referido recurso extraordinario no sirve para desquiciar e invalidar el fallo combatido, ni siquiera en el eventual caso o situación en que la Corte pueda diferir del criterio que haya tenido el Juzgador para llegar a la conclusión motivo del ataque. 2. En efecto, cuando la acusación a la sentencia del Tribunal viene centrada por la causal primera de casación, por vía indirecta, concretamente por error de hecho en la apreciación de las pruebas, la doctrina de la Corte, con apoyo en las normas que disciplinan la referida causal y vía, ha sostenido de manera reiterada y uniforme, que el yerro de dicho linaje debe aparecer de modo manifiesto, lo cual incuestionablemente se traduce en que debe ser tan notorio y grave que a simple vista se imponga a la mente sin complicados o esforzados raciocinios, en otros términos, que sea de tal entidad que resulte contrario a la evidencia que el proceso exterioriza, porque en el recurso de casación los únicos errores fácticos que pueden tener el vigor suficiente para quebrar la sentencia atacada, son, según el criterio de la Corporación, “los que al conjuro de su sola enunciación se presentan al entendimiento con toda claridad, sin que para descubrirlos sea menester transitar el camino más o menos largo y más o menos complicado de un proceso dialéctico” (Cas. Civ de 21 de noviembre de 1971; 4 de septiembre de 1975 y, 14 de diciembre de 1977). Abordando la Corte el preciso punto que se viene analizando, ha sostenido en decisiones numerosas, que cuando cumple su fundamental misión de actuar como Tribunal de casación únicamente puede ocuparse de los precisos temas que le proponga el recurrente y sólo puede aplicar las apreciaciones del fallador atinentes a puntos de hecho, “cuando formulando un ataque en esa órbita se muestra la comisión de un error trascendente que aparezca de manifiesto en los autos, es decir, yerro que emerja con esplendor bajo su sola circunstancia de su enunciación. De modo pues que las conclusiones de la sentencia recurrida mientras no sean contrarias a la lógica o no contradigan la realidad procesal, se imponen a la Corte. Tal la razón para que la doctrina jurisprudencial haya dicho reiteradamente que para que los juicios del sentenciador de instancia no admiten censura en casación, basta que no degeneren en arbitrariedad, por no situarse ostensiblemente afuera del sentido común, aunque se pueda organizar otro análisis de los medios probatorios más profundo y sutil, más

severo, más lógico o de mayor juridicidad en sentir de la crítica o de la misma Corte. Y aún en el evento de que un nuevo estudio del haz probatorio produjera vacilaciones más o menos intensas sobre el acierto o desatino del sentenciador en las conclusiones fácticas, mientras no aparezca que existe contraevidencia, es obvio que la ruptura del fallo acusado sólo podría fundarse en la certeza y no en la duda” (Cas. Civ. de 17 de junio de 1964, N°. 107, pág. 288). De ahí que la Corte haya sostenido, en pos del criterio que se acaba de sentar, que el yerro de tacto se configura cuando la única ponderación y conclusión que admite la apreciación de las pruebas sea la sustitutiva que propone el recurrente; por el contrario, si dentro del campo de la lógica o de lo razonable puede abrirse paso la conclusión que en el examen del material probatorio y de los hechos hizo el ad-quem, en contraposición con la que saca y propone la censura en el cargo, no se da el yerro de facto en la modalidad de evidente o manifiesto, porque en tal evento no hay certeza del desacierto cometido por el Juzgador en la sentencia atacada (SC-026-1994 de 4 de marzo de 1994, rad. n° 4110).

B. Obligaciones de seguridad.- En virtud de los denominadas obligaciones de seguridad, el deudor de ellos “está obligado a cuidar de la integridad corporal del acreedor o la de las cosas que éste le ha confiado” (CSJ SC259-2005 de oct 18 2005, rad. n°. 14.491). Se trata de una distinción jurisprudencial, proveniente del derecho francés y que se encuentra aclimatada entre nosotros de tiempo atrás (Cfr. SC del 25 de noviembre de 1938 en G.J. T. XLVII, págs. 411 y ss., sobre todo en punto de la obligación del transportador, de donde proviene incluso en Francia) que explica el alcance de ese deber secundario de conducta que puede estar expresamente pactado, establecido en la ley, o derivado de la naturaleza del contrato o de su ejecución de buena fe, pero en todo caso dirigido a la protección de la confianza que el acreedor deposita en su deudor en el sentido de que sus bienes o su persona quedarán a salvo (integridad de las cosas y corporal), y que confía a este en el cumplimiento de la prestación principal, por lo que además de satisfacer ese débito el deudor garantiza o al menos –ello es objeto de discusión- debe procurar la indemnidad de su acreedor respecto de tales intereses. En el ámbito hospitalario, además de la prestación de los servicios médicos, paramédicos y asistenciales, y además del suministro de medicamentos y tratamientos pertinentes, de hospedaje especial, etc., que debe prestar la entidad nosocomial, tiene ésta a su cargo la obligación de seguridad “de tomar todas las medidas necesarias para que no sufra ningún accidente en el curso o con ocasión del cumplimiento de las prestaciones esenciales que por razón del contrato dicho centro asume” (GJ. T.CLXXX, pág. 421, citada en SC-003 de 1° de febrero de 1993, rad. n°. 3532). Tal obligación supone la implementación y mantenimiento de medidas dirigidas a prevenir accidentes e infecciones, sobre la base de un control estricto acorde con protocolos contentivos de normas técnicas, adoptados por el propio centro de salud o exigidos por las autoridades que tienen a su cargo su inspección, vigilancia y control, y que se extienden pero no se limitan a la señalización, transporte adecuado de enfermos, dotación infraestructural apropiada, métodos de limpieza y esterilización, procedimientos de seguridad, desinfección, control de visitas,

identificación, idoneidad e inspección en materia de salud del personal, coordinación de tareas con el fin de aminorar errores en procesos, disposición de residuos orgánicos, recintos especializados, entre muchas otras variables. Deberes todos positivos que coadyuvan en el logro de un *non facere*: que el paciente no sufra ningún accidente. Todas estas aristas son mucho más relevantes y dignas de que su cumplimiento sea examinado con estrictez, pues, como es suficiente y comúnmente sabido, las bacterias han ganado en resistencia a antibióticos, a resultas de lo cual las infecciones que ellas provocan han multiplicado las muertes por infecciones intrahospitalarias, constituyéndose dicho fenómeno en un grave problema de salud pública. C. Obligación de seguridad de medio o de resultado.- A esta clase de obligación se la ha identificado como de resultado, a tal punto que algunos consideran tal connotación como de su esencia para que cumpla la finalidad tuitiva que le es propia (Ordoqui, Gustavo, buena fe contractual, 2ª ed., Editorial Ibáñez, Bogotá, 2012, página 389). No obstante, tal afirmación no puede hacerse en forma categórica o absoluta, cual si fuese un dogma, menos en tratándose de agentes patógenos cuyo control eficaz ha fracasado hasta la fecha a nivel mundial, de donde resulta evidente que la aleatoriedad del resultado indeseado de que el paciente adquiera una enfermedad intrahospitalaria constituye un evento que puede escapar al control de la entidad nosocomial. D. Doctrina probable.- 1. En la sentencia anotada de 1993, y a propósito de ese imperativo de conducta de garantizar la seguridad personal y corporal del enfermo, en una primera aproximación dijo esta corporación que en el común de los casos, cuando el paciente no ha desempeñado función activa ninguna en la producción del daño, constituye una obligación determinada o de resultado, mientras que en la hipótesis contraria, o sea cuando ha mediado un papel activo de la víctima en el proceso de causación del perjuicio al establecimiento deudor tan sólo le es exigible un quehacer diligente y técnicamente apropiado, deber que se estima satisfecho en tanto demuestre que el accidente acaecido no se debió negligencia, imprudencia o impericia de su parte (SC-003 de 1º de febrero de 1993, rad. n.º. 3532). Es decir, conforme a ese precedente, la Corte optó allí por clasificar las obligaciones de seguridad en obligaciones de seguridad de resultados y obligaciones de seguridad de medios, a pesar de que en ocasión aislada, posteriormente, realizó la dificultad de tal categorización. 2. Pero, continuando con el trasegar jurisprudencial en torno a la obligación de seguridad y a la posibilidad de que esta se traduzca en un deber de prudencia y diligencia y no en la obtención de un resultado, en posterior providencia reiteró la Corte su posición, ampliando su explicación para acoger la posibilidad de que esas instituciones de salud, como clínicas y hospitales, adquieran ciertas obligaciones de seguridad en las que para exonerarse podía demostrar diligencia y cuidado. La Sala dijo: Hipótesis hay en las que el paciente confía enteramente su cuerpo al centro clínico u hospitalario en el cual se interna o al que encomienda la práctica de diversos exámenes, y para cuya realización queda notoriamente reducida su libertad de obrar y, por ende, es mínima o nula su intervención activa en los actos que al efecto ejecuta el establecimiento, a la vez que los accidentes que entonces ocurran no pueden

concebirse como acontecimientos cotidianos o frecuentes que conduzcan a pensar que, no obstante el diligente empeño del deudor, la seguridad del examinado constituya un alea que escapa a su control, de frente a situaciones de esta índole, se decía, es preciso inferir que la entidad asistencial asume de manera determinada el compromiso de evitar que el paciente sufra cualquier accidente, obligación de la cual solamente puede exonerarse demostrando que el mismo obedeció a una causa extraña. Por el contrario, ocasiones habrá en las que, dada la injerencia activa del usuario en los hechos, o la frecuente intervención de sucesos azarosos, la actividad no esté enteramente sometida al control de la institución, supuestos estos en los cuales, subsecuentemente, la obligación de ésta solamente se concreta en un deber de diligencia y prudencia. (CSJ SC259-2005 de oct 18 2005, rad. n°. 14.491). 3. Esta última sentencia, así como la de 1993 ya mencionada, fueron reiteradas y reproducidas, en el segmento que interesa, en una posterior, en la que se ventilaba la responsabilidad de un establecimiento hospitalario como consecuencia de haber contaminado al demandante al haberle realizado una transfusión sanguínea con sangre infectada (SC de sep 13 2013, rad. n°. 11001-3103-027-1998-37459-01). 4. Es pues, doctrina probable de esta Corporación, entender que la obligación de seguridad a cargo de centros de salud y hospitales, es dable subclasificarla en atención a la aleatoriedad e imposibilidad de controlar factores y riesgos que inciden en los resultados. En principio y de acuerdo con los estándares técnicos y científicos exigibles a la entidad, es de medio la obligación de seguridad a cargo de estos establecimientos de hacer lo que esté a su alcance con miras a que su paciente no adquiera en su recinto enfermedades diferentes de las que lo llevaron a hospitalizarse. C. Cargas probatorias.- Se ha dicho que la utilidad práctica de la distinción entre obligaciones de medio y de resultado estriba en la definición de las cargas probatorias. No obstante, es evidente que lo primero que debe quedar establecido es que la obligación existe, y eso compete acreditarlo al acreedor o demandante, según lo preceptúa el artículo 1757 del Código Civil. Pero en lo que hace a su incumplimiento, los precedentes mencionados indican, de un lado, que el demandante debe establecer cuáles fueron los actos de inejecución para así dar paso a que el demandado esgrima su defensa: que fue diligente y cuidadoso (sentencia del 31 de mayo de 1938 reiterada en sentencia del cinco de noviembre de 2013), afirmación que por tanto debe probar. En otro precedente, se afirma que si al deudor sólo le es exigible un quehacer diligente, se estima que lo satisfizo en tanto demuestre que el accidente acaecido no se debió a negligencia, imprudencia o impericia de su parte (sentencia del 1º de febrero de 1993). Posteriormente se aseveró, en lo tocante con el deber de seguridad de medios, que incumbía al acreedor demostrar que el deudor desatendió el deber a su cargo (sentencia del 18 de octubre de 2005). En sentencia del 30 de enero de 2001 (rad. n°. 5507), y para dar respuesta a una afirmación del Tribunal inserta en su decisión según la cual la prueba de la diligencia y cuidado incumbe al que ha debido emplearlo pues así se establece en el artículo 1604 del Código Civil, estableciendo por tanto una presunción de culpa contractual a cargo de los médicos, dijo la Corte que no

podían sentarse principios generales absolutos de presunción de culpa a cargo de los médicos si en cuenta se tiene que ese mismo precepto establece en su inciso final que esas normas se entienden sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes. Y, reiterando la distinción entre obligaciones de medio y de resultado, resaltó la corporación en ese fallo que lo fundamental era identificar el contenido y alcance de la prestación. De allí pasó a acoger la denominada carga dinámica de la prueba, en estos términos: Aunque para la Corte es claro que los presupuestos de la responsabilidad civil del médico no son extraños al régimen general de la responsabilidad (un comportamiento activo o pasivo, violación del deber de asistencia y cuidado propios de la profesión, que el obrar antijurídico sea imputable subjetivamente al médico, a título de dolo o culpa, el daño patrimonial o extrapatrimonial y la relación de causalidad adecuada entre el daño sufrido y el comportamiento médico primeramente señalado), y que en torno a ese panorama axiológico debe operar el principio de la carga de la prueba (artículo 177 del Código de Procedimiento Civil), visto con un sentido dinámico, socializante y moralizador, esto es, distribuyéndola entre las partes para demandar de cada una la prueba de los hechos que están en posibilidad de demostrar y constituyen fundamento de sus alegaciones, pues éste es el principio implícito en la norma cuando exonera de prueba las afirmaciones o negaciones indefinidas, precisamente por la dificultad de concretarlas en el tiempo o en el espacio, y por ende de probarlas, resulta pertinente hacer ver que el meollo del problema antes que en la demostración de la culpa, está es en la relación de causalidad entre el comportamiento del médico y el daño sufrido por el paciente, porque como desde 1940 lo afirmó la Corte en la sentencia de 5 de marzo, que es ciertamente importante, “el médico no será responsable de la culpa o falta que se le imputan, sino cuando éstas hayan sido determinantes del perjuicio causado”. Estima la Corte que al ser una obligación de prudencia y diligencia la de seguridad que se viene examinando (evitar que el paciente contraiga infecciones intrahospitalarias), el contenido de la obligación del deudor será entonces el de ser diligente y cuidadoso, el de emplear los medios idóneos de acuerdo con las circunstancias y las normas técnicas y protocolos para tratar de alcanzar el fin común perseguido por las partes, razón por la cual sólo su conducta lo hará responsable o lo exonerará, sin perjuicio de que, por supuesto, pueda demostrar una causa extraña. Como afirma un connotado autor nacional, exmagistrado esta Sala, ya fallecido: “otra cosa es si se presume o no su culpa, o dicho de manera más conforme a los términos de nuestra ley: que ha de tenerse presente que “[I] la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; [y] la prueba del caso fortuito al que lo alega” (arts. 1604 [3] y 1733 [I] c.c.). Las dos partes, empeñadas en sacar adelante su respectiva causa, pondrán todo su conato en demostrar los supuestos derechos de las normas que invocan y les favorecen (art. 177 [I] c. de p.c.): el deudor, su inocencia, o sea que se comportó como era de esperar de él y le era exigible, o incluso, por encima de ese nivel; el acreedor, el error de conducta del obligado”. Sin desconocerse que el examen de la responsabilidad civil de instituciones

prestadoras de salud, derivada de las infecciones asociadas a la asistencia sanitaria, es un asunto problemático que ha venido recibiendo diferentes soluciones judiciales en otras latitudes (responsabilidad objetiva en aplicación de la teoría del riesgo creado, o responsabilidad con culpa presunta para aligerar la carga probatoria al demandante o culpa probada), opta la Corte por entender que como cada parte debe demostrar el supuesto de hecho de la regla cuya consecuencia persigue, el demandante que le achaca negligencia, imprudencia, impericia o violación de reglamentos a la entidad hospitalaria deberá establecer los elementos fácticos que dan pie para dicha aserción; y ésta, si alega que, por el contrario, fue diligente, deberá asimismo probarlo. Dicho esto en los términos de una jurisprudencia de vieja data: como el centro hospitalario debe desplegar su comportamiento esperado acompasado, entre otros deberes y obligaciones profesionales, a la buena praxis y el cumplimiento de protocolos y normas técnicas según lo anotado, para atribuirle un incumplimiento generador de daños deberá el acreedor insatisfecho, no sólo acreditar la existencia del contrato sino “cuáles fueron los actos de inejecución, porque el demandado no podría de otra manera contrarrestar los ataques que le dirige el actor, debido precisamente a la naturaleza de su prestación que es de lineamientos esfumados. Afirmado el acto de inejecución, incumbe al demandado la prueba de su diligencia y cuidado, conforme al inciso 3º del art. 1604, prueba suficiente para liberarlo, porque en esta clase de obligaciones basta para exonerar al deudor de su responsabilidad acreditando cualquiera de esos dos elementos (...)”. (S.C. del 31 de mayo de 1938, G.J. XLVI n°. 567, reiterada recientemente en S.C. del 5 nov. 2013, rad. n°. 20001-3103-005-2005-00025-01). H. El caso concreto.- Encuentra la Corte que en este caso el Tribunal, haciendo acopio de precedente jurisprudencial del Consejo de Estado, que en ello pudo haber tomado un camino distinto por circunstancias que no son del caso examinar, consideró que la obligación de seguridad que pesa sobre los establecimientos de salud era de resultado y por ende su responsabilidad de tinte claramente objetivo, pues no de otro modo se explica que, no obstante haber dilucidado qué debía probar en caso de atribuírsele al ente interpelado un incumplimiento (diligencia y cuidado si el débito era de medios o causa extraña si era de resultado), y a pesar de referirse a que cuando la aleatoriedad del resultado es mayor la obligación es de prudencia y diligencia, cuando intentó aplicar los elementos teóricos que antes esbozó al caso sometido a su consideración, los dejó de lado y en su lugar indicó que la entidad demandada “incumplió la obligación de seguridad que tenía para con su paciente, al contraer este una infección intrahospitalaria que determinó un serio proceso de decadencia en su estado de salud “ (f. 67 vto., c. 7). Tal como lo resalta el censor, las pruebas que denuncia efectivamente establecen que la neumonía nosocomial tardía era un grave riesgo inherente a la prolongada hospitalización en la unidad de cuidados intensivos y a la traqueotomía que le fue practicada al paciente fallecido. Por lo que, congruente con los planteamientos anteriores, y entendiendo que constituye un riesgo inherente la prenombrada adquisición de la neumonía nosocomial tardía, resulta de todos modos aplicable lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 1604 del Código Civil

en cuanto a que “la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega”. Sólo que cuando se trata de obligación de seguridad de medios, como la que acá se examina, se aplica el primer segmento, y el segundo cuando el asunto concierne a una obligación de seguridad de resultados. En otras palabras, si el ente hospitalario alega que la causa de la neumonía nosocomial tardía se debió a la prolongada y necesaria estancia del paciente en el hospital y a la mayor probabilidad de adquirir esa infección por la necesaria utilización de máscara de oxígeno, alegación que en todo caso se sabe (conocimiento científico afianzado), también lo es que ese riesgo se disminuye con la asunción de mayores compromisos en reducir todo cuanto se pueda los niveles de asepsia, y ésa es precisamente la obligación de seguridad que, al alegar que la cumplió, debía probarlo. Argumenta en el cargo segundo el censor, que el Tribunal preterió los testimonios de los doctores Sergio Iván Hoyos Duque y Rodrigo Toro y omitió el dictamen pericial y la historia clínica del paciente, elementos de juicio todos que denotan que (a) la neumonía nosocomial era un riesgo inherente que al ente de salud no se le puede cargar, (b) pues demostró diligencia en su actuar. En lo primero tiene razón, según se dijo; pero de allí no se sigue que la acusación prospere porque es intranscendente, dado que situada en sede de instancia, la Corte habría de concluir, como en efecto así se constata, que no figura medio de convicción alguno que lleve al juzgador a dejar corroborada la diligencia y cuidado del Hospital, en los términos antes indicados, esto es, en cuanto a que hizo lo que estuvo a su alcance -en el marco de protocolos de seguridad y normas técnicas- para minimizar el riesgo de infecciones asociadas a la atención en salud, con la adopción y cumplimiento de esas reglas en cuanto a, por lo menos, lo que se ha dado en llamar “precauciones estándar”, diligencia y cuidado que apunta a que, en lo que al Hospital se refiere, hizo lo que pudo sin lograr atajar el resultado causante del daño, esto es, la adquisición de la infección. Dicho de otro modo, no basta con que se diga que la neumonía nosocomial es un riesgo inherente a la traqueotomía o a la estancia prolongada en la hospitalización para concluir entonces que el hospital se encuentra a salvo de cualquier reproche culpabilístico, pues es de su cargo demostrar diligencia y cuidado, según las previsiones del artículo 1604 del Código Civil. Insiste la Corte en la imputación subjetiva y no en la ruptura del nexo causal, como la mínima defensa del demandado sin que la segunda no sea de recibo, pues, se itera, al calificarse la obligación de seguridad como de medios, es sólo exigible a su deudora prudencia, diligencia, esmero a efectos de evitar que su paciente contraiga enfermedades nosocomiales. Porque al demostrar ausencia de culpa no necesariamente está acreditando una causa extraña dado que para que ella tenga lugar debe ser identificada, y acá ello no se pide. Pero en lo segundo no; esto es, no es cierto que de la declaración del doctor Carlos Alberto Cadavid surja la demostración de la diligencia del hospital demandado, pues este testigo -quien manifestó ser médico especialista en medicina interna y subespecialidad en medicina crítica y cuidados intensivos y dijo además que trabaja desde 1996 en el Hospital Pablo Tobón Uribe-, entre otras cosas afirmó que luego de haber

atendido en dos ocasiones al paciente cuando, internado en el hospital, ingresó a cuidados intensivos y reingresó nuevamente el 19 de mayo por una falla respiratoria secundaria a una atelectasia pulmonar (el pulmón se llena de secreciones y se colapsa, se desinfla), e infección respiratoria. Iniciamos valoración de tolerancia a la asistencia ventilatoria, se hace el ajuste antibiótico correspondiente de acuerdo a los aislamientos microbiológicos y cuatro días después, esto es, el 25 de mayo de 2004, el residente y yo le avalo la nota, ponemos: «infección respiratoria en resolución, infección abdominal resuelta, respirando espontáneamente, completa 48 horas de ventilación espontánea, unos signos vitales prácticamente normales (digo prácticamente porque tenía frecuencia cardiaca entre 89 y 120), temperatura máxima de 36.6 saturando al 100% y frecuencia respiratoria de 22, consciente y obedeciendo órdenes». En esa fecha pongo: se traslada a UCE para continuar vigilancia respiratoria y hasta ahí conozco el paciente. Y luego se refiere a los riesgos que corría el paciente si no era sometido a la traqueotomía, para después decir que la infección respiratoria tuvo como causa “el manejo de secreciones por parte del paciente, para lo cual precisamente se le había hecho la traqueotomía”. No hay en esa declaración más afirmaciones que el cuidado prestado al paciente, más no la prevención que debía tener el establecimiento en cuanto a minimizar la presencia de agentes infecciosos. En lo que hace al dictamen pericial, pasa lo mismo: se refiere la experta a que los pacientes sometidos a ventilación mecánica en unidad de cuidados intensivos requieren traqueotomía en varios eventos como el de la ventilación mecánica prolongada y el manejo inadecuado de secreciones pulmonares, guardando silencio en torno a la diligencia y prudencia que ha debido demostrar el establecimiento en lo que hace a intentar prevenir un riesgo suficientemente estudiado y de alarmante preocupación como es el de la adquisición de infecciones asociadas a la asistencia sanitaria, como la neumonía nosocomial tardía. Respecto de la declaración del doctor Rodrigo Toro Posada, constata la Corte que dijo ser médico cirujano general, profesor del demandado Carlos Ernesto Guzmán, su compañero en el hospital, donde trabaja como cirujano desde 1979. Se refiere a las medidas adoptadas para tratar la infección cuando se presentó, pero no a aquellas implementadas para intentar prevenirla. De lo anterior se colige que los reproches a que se refiere al cargo segundo no se encuentran demostrados y por tanto el cargo no sale airoso, no siendo demás destacar que otro de los testigos, el doctor Hoyos Duque, aseveró, en la misma directriz de lo que la Corte viene destacando, que “Todos los hospitales del mundo sin excepción tienen infecciones nosocomiales. Su incidencia está dada por el buen manejo del aislamiento de los pacientes con riesgo, de los desechos biológicos que generen riesgo de infectar a alguien más, y el cuidado del personal médico y de enfermería de la institución”. J. En el tercer cargo se sostiene que las pruebas dan para concluir que la neumonía había sido superada cuando falleció el paciente, y que fue solo el producto de errores de hecho en la apreciación del dictamen pericial y de las declaraciones de Carlos Alberto Cadavid y Rodrigo Toro lo que llevó el Tribunal a entender que esa infección no había sido franqueada cuando John Fredy fue trasladado al piso, así como que

fue la causa de su muerte, sin parar mientes no solo en lo anterior, sino en que esa causa no pudo establecerse y que las pruebas demuestran que el tromboembolismo pulmonar es la más probable. En orden a constatar tales acusaciones encuentra la Corte que del dictamen pericial y los testimonios (todos se refieren a la historia clínica) no se acredita la comisión de los yerros de hecho endilgados, menos aún con la categoría que de manifiestos deben ostentar para lograr el quiebre del fallo. En efecto, la lectura contextual de la pericia da cuenta de una información nada contundente, esquiva, sin afirmaciones específicas que brinden explicación sobre la conducta profesional del Hospital. En este dictamen, como de su lectura se aprecia, la experta encuentra que los antibióticos son los adecuados pero que el tratamiento es de mínimo siete días, lo que puede significar, como le pareció racionalmente al Tribunal, que en seis días aún no puede haber certeza de que las bacterias causantes de la neumonía y para lo cual se suministran tales drogas, hayan sido efectivamente eliminadas, pues, se itera, según la información del especialista en la materia, mínimo se requieren siete días. Además, en la pregunta acerca de si el traslado del paciente de la UCE a piso fue adecuado, lo que hace la auxiliar de la justicia es reproducir con sus palabras lo que figura en la historia clínica, pero no responde lo que se le está preguntando. Y finalmente, en lo que tiene que ver con la causa del deceso, es claro que no lo atribuye al tromboembolismo, que puede ser una causa, ni a ninguna otra pues estimó que la sola historia clínica no le era suficiente para determinarlo. Ya al final la vaguedad de sus afirmaciones, con todo, resultan ilustrativas, pues indica que no hubo fallas en el tratamiento médico u hospitalario si el tromboembolismo pulmonar fuera la causa probable de la muerte. ¿Habría querido entonces decir que si no fue esa la causa sí hubo fallas? En lo que se refiere al testimonio del doctor Sergio Iván Hoyos Duque, destaca la Corte que al testigo le llama la atención que el paciente, persona muy joven, tuviese una continua hipertensión (“persistía hipertenso, muy hipertenso”). Por su parte, de la declaración del doctor Carlos Alberto Cadavid Gutiérrez, se extrae que el 25 de mayo de 2004, (el paciente muere a primeras horas del 27), en nota que asienta el médico residente y que él avala, indica que la infección respiratoria está en resolución al paso que la abdominal ya está resuelta e indica que los signos vitales están prácticamente normales. Es éste médico el que ordena el traslado del paciente a UCE “para continuar vigilancia respiratoria”. E indagado acerca de si se justificaba el traslado de la UCI a la UCE y de ahí al piso, señaló, entre otras cosas, que por protocolo debe permanecer en cuidados especiales 24 horas antes de proceder a su traslado al piso. Se refiere a la nota registrada en la historia clínica por «Cirugía General» el 26 de mayo de 2004: PREGUNTADO: Se le pone de presente el folio 89 frente del cuaderno principal, anotación del 26 de mayo de 2004, a fin de que le explique al Despacho el diagnóstico qué manifiesta la historia clínica. CONTESTÓ: Es una valoración que hace cirugía general, donde inicialmente anota los diagnósticos de trabajo, similares a los que ya habíamos descrito anteriormente, y una valoración subjetiva donde expone que no fiebre, tolera nutrición enteral, sin soporte, signos vitales estables, 120 de pulso y 26 de frecuencia

respiratoria, ruidos cardiacos y soplo, taquicardia tos, moviliza secreciones de predominio derecho, pisibilancias (sic) de predominio derecho, abdomen blando, depresible, herida bien, ilestomía 1300, diuresis 1273 y hace un balance de los líquidos 1598 positivos y pone una nota: estable, persiste leucocitosis y taquicardia; desde el punto de vista abdominal, normal y el plan, es igual por ahora. Diagnóstico de trabajo: sepsis abdominal resuelta, polineuropatía por sepsis, neumonía. Las transcripciones anteriores dejan a las claras que muy lejos estuvo el Tribunal de cometer los yerros que le endilga la censura pues de las piezas procesales mencionadas se extrae, sin dificultad alguna, que la experticia destacó que el tratamiento mínimo de la neumonía era de siete días, según ya se dijo; que con la sola historia clínica no podía establecer la causa del fallecimiento; que el paciente tuvo una hipertensión persistente que el 25 de mayo aun registraba, que la estancia mínima por protocolo cuando un paciente en estado de mejoría no requiere ventilación mecánica y por consiguiente es posible trasladarlo de la UCI a UCE, es de 24 horas. Que el 26 de mayo Jhon Freddy no tenía aún resuelta su neumonía pues estaba “en resolución”, fecha esa en la que su nutrición era enteral (alimentación mediante sonda), registraba sibilancias (Según el Diccionario Real Academia: “sonido agudo al paso del aire por los conductos respiratorios, debido a un estrechamiento bronquial”) de predominio derecho, persistía con leucocitosis (Según el DRA: “Aumento del número de leucocitos en la sangre”. Y es sabido comúnmente -conocimiento científico afianzado-, que una de sus causas son las infecciones), todo lo cual llevó al médico a establecer como diagnóstico de trabajo la sepsis abdominal resuelta, pero aún con polineuropatía por sepsis y aun con neumonía pues no dijo que esta estuviera resuelta y ni siquiera en resolución. De modo que cuando el Tribunal concluyó que se actuó en forma precipitada cuando fue trasladado de la unidad de cuidados especiales al piso pues constató que permaneció allí menos de 24 horas, y cuando concluyó que la neumonía aún persistía, no estuvo alejado de lo que registran las pruebas por lo que no es posible establecer que se encuentra demostrada la falencia que se le atribuye. Muy al contrario, si se enlaza lo que se ha dicho en precedencia, esto es, que al no cumplirse con la prueba de la diligencia y cuidado que debía prestar el hospital en aras a que este paciente no adquiriese infecciones previsibles, entonces puede concluirse que al aceptarse por la demandada que adquirió el paciente la neumonía en el establecimiento, que las bacterias desencadenantes de esa infección nosocomial por su resistencia no eran las mismas que el paciente traía, que de la síntesis de su evolución se extrae un deterioro progresivo de su estado de salud, que se actuó precipitadamente al pasarlo al piso, entonces no resulta sin sentido concluir que los males que le aquejaban, su estadía prolongada en cuidados intensivos, su neumonía aun no resuelta y la prisa en pasarlo a la habitación desencadenaron el resultado fatal que intenta desvirtuar la censura, con base en opiniones de los médicos del Hospital que atendieron a Jhon Freddy y sirvieron acá de testigos, pero no avalada por la pericia en tanto puede tomarse apenas como una causa, atribuir a un embolismo pulmonar masivo el deceso de este paciente. A lo anterior se suma el hecho de que

lo que se lee en la historia clínica el día del óbito no es diferente de lo que la sentencia impugnada registra, esto es que el médico de piso es requerido a la 1:30 AM y el aviso que la madre de Jhon Freddy dio a enfermería fue a la 1:00, de lo cual se sigue, que más allá de si las enfermeras dieron auxilio, lo cierto es que el profesional médico no estuvo ahí, con la premura que la situación requería. Los cargos, por tanto, no prosperan. Acorde con lo dispuesto en el artículo 375 del c.p.c., no hay lugar a costas, por la rectificación doctrinal. DECISIÓN. En mérito de lo discurrecido, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de la Sala Civil del Tribunal Sin costas por la rectificación doctrinal. Notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen, OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE (Presidente de Sala). MARGARITA CABELLO BLANCO. ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO. AROLD WILSON QUIROZ MONSALVO. LUIS ALONSO RICO PUERTA. ARIEL SALAZAR RAMÍREZ. LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA. ACLARACIÓN DE VOTO. Aunque estoy de acuerdo con la decisión adoptada, pues no se observa ningún error trascendente en la providencia del tribunal, no comparto algunos de los planteamientos que la Sala tuvo en cuenta para negar la casación, no sólo porque eran innecesarios ante la contundencia de las pruebas que demostraron que la entidad demandada dejó morir al paciente, sino por ser inconsistentes con los postulados de la responsabilidad civil por daños derivados de la deficiente prestación del servicio de salud. 1. En la sentencia se reconoció que una obligación de seguridad es aquella en virtud de la cual el deudor “está obligado a cuidar de la integridad corporal del acreedor o la de las cosas que éste le ha confiado (CSJ SC259-2005)”. [Folio 36]. Se explicó que esa obligación tuvo su origen en el contrato de transporte, por cuya virtud el transportador asume la obligación de conducir a los pasajeros sanos y salvos a su lugar de destino; tal como está consagrado en los artículos 982 y 1003 del Código de Comercio. Es decir que se trata de una verdadera obligación de resultado en la que la prueba de la diligencia o cuidado que habría tenido una persona prudente no exonera al deudor de responsabilidad, pues basta demostrar que el contrato se incumplió o se ejecutó de manera tardía, imperfecta o incompleta para que surja la obligación de pagar la indemnización que corresponda, o pedir el cumplimiento coactivo cuando ello es posible (artículo 1546 del Código Civil). En las obligaciones de resultado, las únicas causales que exoneran de responsabilidad al deudor incumplido son la causa extraña y la culpa exclusiva de la víctima. Se afirmó en el fallo que la entidad hospitalaria tiene a su cargo la obligación de seguridad de “tomar todas las medidas necesarias para que [el paciente] no sufra ningún accidente en el curso o con ocasión del cumplimiento de las prestaciones esenciales que por razón del contrato dicho centro asume (SC-003 del 1 de febrero de 1993)”. Esa obligación supone «la implementación y mantenimiento de medidas dirigidas a prevenir accidentes e infecciones, sobre la base de un control estricto acorde con protocolos contentivos de normas técnicas, adoptados por el propio centro de salud o exigidos por las autoridades que tienen a su cargo su inspección,

vigilancia y control, y que se extienden pero no se limitan a la señalización, transporte adecuado de enfermos, dotación infraestructural apropiada, métodos de limpieza y esterilización, procedimientos de seguridad, desinfección, control de visitas, identificación, idoneidad e inspección en materia de salud del personal, coordinación de tareas con el fin de aminorar errores en procesos, disposición de residuos orgánicos, recintos especializados, entre muchas otras variables». [Folio 37] Hasta aquí es posible compartir la argumentación que trae la sentencia. Pero más adelante acoge una supuesta “doctrina probable” que no tiene nada de probable, pues la probabilidad de una doctrina no deriva de su repetición sino de su razonabilidad, y esta razonabilidad está ausente en la postura que considera que existen obligaciones de seguridad “de medios”, dado que tal planteamiento envuelve una evidente contradicción. No está sujeto a discusión que las obligaciones de seguridad nacen en virtud de estipulaciones contractuales que prevén el compromiso de cumplir cierta prestación, la cual por ser expresa es una obligación principal del contrato; o bien en razón de disposiciones legales que consagran deberes secundarios de conducta derivados de la buena fe contractual o de las condiciones que hacen posible el cumplimiento de lo pactado. En la actualidad existen situaciones en las cuales se contraen obligaciones de seguridad aunque no medie un convenio privado entre las partes. Ello acontece, por ejemplo, en la prestación del servicio de salud, en la que la entidad prestadora adquiere la obligación de seguridad frente a los pacientes que están bajo su cuidado, sea que exista un vínculo obligacional de carácter particular y concreto que regule esa relación jurídica, o aunque esa relación sea de origen extracontractual. La obligación de seguridad se caracteriza porque su incumplimiento produce un daño antijurídico que el lesionado no tenía el deber jurídico de soportar por haber sido un riesgo ajeno a su potestad de decisión o control. Por ello, quien genera el riesgo, aunque sea imprevisible, asume las consecuencias del daño que ese riesgo produce. De ahí que el deudor de la prestación de seguridad sólo se exonera demostrando que el daño es atribuible a una causa extraña o a la culpa de la víctima, siendo irrelevante si tomó o no las medidas de precaución de una persona prudente. La diligencia y cuidado no eximen de responsabilidad en este tipo de obligaciones. Tratándose de infecciones intrahospitalarias, el contagio que sufren los pacientes es un riesgo creado por la actividad de prestación del servicio de salud; no es obra de la mala fortuna ni es culpa del paciente. De hecho, es altamente previsible que ello ocurra. Por lo tanto, no es un menoscabo que el usuario esté obligado a soportar. Cuando los perjuicios sufridos por el paciente no son el producto colateral de los esfuerzos asistenciales ni de los riesgos necesarios para la recuperación o preservación de la salud, sino el resultado de eventos que el prestador tenía el deber jurídico de evitar –aun siendo imprevisibles–, los daños derivados de ese incumplimiento deben ser asumidos e indemnizados por el deudor contractual o agente extracontractual, aunque su conducta se hubiere ajustado a los deberes profesionales de diligencia y cuidado. En ello consiste la obligación de seguridad. Por consiguiente, es una contradicción en los términos suponer que existen obligaciones “de seguridad

de medios”, es decir que no garantizan la seguridad del paciente, o de las cuales el prestador se puede eximir demostrando el cumplimiento de los deberes de prudencia. Hacer tal afirmación equivale a suponer que hay obligaciones de seguridad que no son de seguridad sino de simple previsión. De ahí que en caso de infecciones nosocomiales el prestador debe extremar las medidas precautorias, tales como la asepsia en quirófanos e instrumental, la disminución del tiempo de la operación lo máximo posible, la limpieza de tejidos y la eliminación de materia residual, la evitación de cuerpos extraños, la práctica de antibioterapia e, incluso, medidas tan sencillas como el correcto lavado de manos. Mas, si aun después de tomar esas medidas el paciente contrae la infección, hay razones para pensar que el proceso de desinfección falló, pues esa es la conclusión más probable, en vez de conjeturar que la consecuencia adversa se debió a la mala suerte del paciente o a la obra del destino. Cuando la infección es considerada por el conocimiento científico afianzado como de carácter “intrahospitalaria”, se debe concluir que se contrajo al interior del centro médico. Tal correlación no es causal sino probabilística, y una vez demostrada no es posible refutarla sino mediante la prueba de la causa extraña o de la culpa exclusiva de la víctima, que en todo caso son elementos que forman parte de la carga probatoria de la entidad demandada para desvirtuar la hipótesis indiciaria. Luego, no es posible afirmar que existen obligaciones de seguridad “de medio”, como se aseveró en la sentencia. Por ello no es admisible la tesis de la Sala, según la cual hay obligaciones de seguridad cuyo contenido consiste en que el deudor debe ser diligente y cuidadoso [folio 45]; pues entonces no sería una obligación de seguridad. 2. En las obligaciones de medio el acreedor no tiene por qué demostrar la culpa del deudor, pues ésta se presume con la mera inejecución o ejecución incompleta o demorada de la prestación convenida. Es decir que la carga de la prueba del cumplimiento del deber de prudencia es soportada por el deudor incumplido. En las de resultado, se prescinde del elemento subjetivo de la responsabilidad porque el cumplimiento de los deberes de cuidado es irrelevante para exonerar al deudor, quien soporta la carga de no probar que la inejecución o la ejecución defectuosa no le es atribuible a él sino a un elemento extraño o a la propia víctima, de manera exclusiva. Ahora bien, cuando el incumplimiento de la obligación de seguridad proviene del despliegue de una actividad peligrosa, es inadmisibles exonerarse de responsabilidad mediante la demostración de la diligencia y cuidado. Tampoco en ese caso es posible hablar de obligaciones de seguridad “de medio”. No está de más aclarar que la obligación de los agentes promotores o prestadores de servicios médicos es, por lo general, una obligación de medio; pero ello no debe confundirse con la responsabilidad derivada del incumplimiento de prestaciones de seguridad, como es el caso que se dejó a la consideración de la Corte. 3. En la providencia se dijo que las pruebas recopiladas en la actuación demuestran que “la neumonía nosocomial tardía era un grave riesgo inherente a la prolongada hospitalización en la unidad de cuidados intensivos y a la traqueotomía que le fue practicada al paciente fallecido”. Luego, no se entiende cuál fue el motivo que condujo a la Sala a concluir que la evitación de la infección

hospitalaria era una obligación “de medios” en la que el productor del riesgo –completamente previsible en este caso– podía eximirse de responsabilidad demostrando diligencia o cuidado. Se afirmó en el fallo que «resulta de todos modos aplicable lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 1604 del Código Civil en cuanto a que la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega. Sólo que cuando se trata de obligación de seguridad de medios, como la que acá se examina, se aplica el primer segmento, y el segundo cuando el asunto concierne a una obligación de seguridad de resultado». [Folio 49] Lo anterior, simplemente no es cierto, como tampoco lo son las inferencias que la sentencia extrae de esa afirmación. La carga de la prueba de los supuestos de hecho previstos en las proposiciones jurídicas incumbe siempre y en todos los casos a quien hace la afirmación que sustenta la respectiva pretensión o excepción. Y esa regla no varía ni en este caso ni en ningún otro. Una circunstancia distinta es que el instituto jurídico que rige el caso exija o no la prueba de uno u otro elemento estructural del tipo de responsabilidad de que se trate y, por ende, permita exonerarse con la prueba de la ausencia de ese elemento. Pero ello no tiene nada que ver con que una parte del artículo 1604 se aplique a las obligaciones de medio y la otra a las de resultado. El deudor de una obligación de medio puede exonerarse de responsabilidad tanto con la prueba de su diligencia o cuidado, como con la demostración de una causa extraña o de la culpa exclusiva de la víctima, por lo que es incomprensible que la Corte haya limitado la causal del caso fortuito sólo a las obligaciones “de resultado”. El artículo 1604, en fin, es una norma impertinente en el caso que se examina, pues tratándose la infección nosocomial de un resultado ocasionado por el incumplimiento de un deber de seguridad, no es posible en ningún caso eximirse de responsabilidad con la prueba de la prudencia profesional de la entidad demandada. Por ello considero que eran innecesarias todas las alusiones doctrinales respecto de esa causal eximente de responsabilidad, así como el análisis probatorio que se hizo frente a la misma. De los señores Magistrados, ARIEL SALAZAR RAMÍREZ – Magistrado. **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. SC2202-2019. FECHA: 20/06/2019.**

MÉXICO

¹PERSONAS CON DEFICIENCIAS MENTALES. TIENEN UN MARCO JURÍDICO PARTICULAR DE PROTECCIÓN EN MATERIA DE SALUD. Para considerar que un individuo es una persona con discapacidad no es necesario que ésta se encuentre fehacientemente acreditada; por el contrario, cualquier persona que de

¹**NOTA DOS EDITORES:** A Segunda Sala da Suprema Corte de Justiça do México editou três teses isoladas (tesis aisladas) relacionando os temas da saúde mental, com o acesso a medicamentos e com os direitos da população com algum tipo de deficiência mental. As três teses decorreram da análise de um caso: Amparo em Revisión 251/2016. As decisões são recentes e ainda não foram publicadas na íntegra. Pelo interesse do tema, decidiu-se por publicar as teses aqui, nessa seção de jurisprudência.

manera genérica padezca lo que comúnmente se denomina “enfermedad mental”, “problema de salud mental”, “padecimiento mental”, “enfermedad psiquiátrica” o que presente una “deficiencia mental”, ya sea comprobada o no, siempre que se enfrente con barreras sociales que le impiden participar de manera plena y efectiva, en igualdad de condiciones, debe ser considerada como persona con discapacidad. En este sentido, gozan de un marco jurídico particular de protección en razón de su condición de especial vulnerabilidad y desigualdad de facto frente a la sociedad y el ordenamiento jurídico. Amparo en revisión 251/2016. Javier Ezra González Gómez. 15 de mayo de 2019. Unanimidad de cuatro votos de los Ministros Alberto Pérez Dayán, José Fernando Franco González Salas, Yasmín Esquivel Mossa y Javier Laynez Potisek. Impedido: Eduardo Medina Mora I. Ponente: Javier Laynez Potisek. Secretario: José Omar Hernández Salgado. **TESIS AISLADA 2a. LVI/2019 (10a.)**

DERECHO A LA SALUD. EN MATERIA DE SALUD MENTAL, EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD EN EL SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS DEBE GARANTIZARSE SIN DISCRIMINACIÓN. En atención a los deberes previstos por el artículo 1o., párrafos primero y segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con los más altos estándares internacionales, se advierte que la obligación progresiva del derecho a la salud relativa al suministro de medicamentos implica, por lo menos, otorgarlos sin discriminación para todas las personas en general y, en particular, a los grupos vulnerables. Esta obligación no conlleva que cualquier medicamento que se solicite deba ser suministrado, sino que una vez que se decide que un medicamento es parte del cuadro básico, el Estado no puede negar de manera regresiva estos medicamentos a quien los requiera ni otorgarlos de forma discriminatoria. Por otro lado, derivado del deber de otorgarlos sin discriminación, para que una autoridad pueda válidamente excluir a un grupo de personas de la prestación de un servicio fundamental para la debida protección de la salud, no basta con que refiriera a preceptos jurídicos genéricos, sino que debe evidenciar en forma contundente que tal distinción tiene fundamento legal o que la diferencia en el trato y el servicio tiene un sustento objetivo y racional, pues de lo contrario es discriminatoria. Amparo en revisión 251/2016. Javier Ezra González Gómez. 15 de mayo de 2019. Unanimidad de cuatro votos de los Ministros Alberto Pérez Dayán, José Fernando Franco González Salas, Yasmín Esquivel Mossa y Javier Laynez Potisek. Impedido: Eduardo Medina Mora I. Ponente: Javier Laynez Potisek. Secretario: José Omar Hernández Salgado. **TESIS AISLADA 2a. LVII/2019 (10a.)**

DERECHO A LA SALUD MENTAL. DEBE PROTEGERSE DE MANERA INTEGRAL Y ELLO INCLUYE, CUANDO MENOS, EL SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS BÁSICOS PARA SU TRATAMIENTO. Del análisis conjunto de los artículos 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 12, numeral 2, inciso d), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

se desprende que el Estado mexicano se encuentra obligado a crear las condiciones que aseguren a todas las personas la asistencia médica y servicios médicos en casos de enfermedad. Asimismo, se advierte que una cuestión fundamental e inherente a la debida protección del derecho a la salud es que los servicios se presten de manera integral, lo que implica que se debe proporcionar un tratamiento adecuado y completo. En este sentido, la debida protección del derecho a la salud incluye, cuando menos, el suministro de medicamentos básicos. Por otra parte, bajo la premisa de que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte otorgan el mismo tratamiento normativo a la protección de la salud física y la mental, se puede concluir que el Estado está obligado a prestar los servicios de salud mental de manera integral y, específicamente, a suministrar los medicamentos básicos necesarios para su tratamiento. Amparo en revisión 251/2016. Javier Ezra González Gómez. 15 de mayo de 2019. Unanimidad de cuatro votos de los Ministros Alberto Pérez Dayán, José Fernando Franco González Salas, Yasmín Esquivel Mossa y Javier Laynez Potisek. Impedido: Eduardo Medina Mora I. Ponente: Javier Laynez Potisek. Secretario: José Omar Hernández Salgado. **TESIS AISLADA 2a. LVIII/2019 (10a.)**

SUPREMA CORTE DE LA JUSTICIA DE LA NACIÓN. SEGUNDA SALA.

Disponível em: <http://www.internet2.scjn.gob.mx/red2/2sjt/itesissesion.asp?nIdA=1&FSes=20190913>

²DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. LA PROHIBICIÓN PARA EL AUTOCONSUMO DE MARIHUANA CONTENIDA EN LA LEY GENERAL DE SALUD INCIDE PRIMA FACIE EN EL CONTENIDO DE DICHO DERECHO FUNDAMENTAL. Esta Primera Sala entiende que el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad permite, prima facie, que las personas mayores de edad decidan sin interferencia alguna qué tipo de actividades recreativas o lúdicas desean realizar, así como llevar a cabo todas las acciones o actividades necesarias para poder materializar dicha elección. De esta manera, la elección de alguna actividad recreativa o lúdica es una decisión que pertenece indudablemente a la esfera de autonomía personal que debe estar protegida por la Constitución. Esa elección puede incluir la ingesta o el consumo de sustancias que produzcan experiencias que en algún sentido “afecten” los pensamientos, las emociones y/o las sensaciones de la persona. En esta línea, se ha señalado que la decisión de fumar marihuana puede tener distintas finalidades, entre las que se incluyen el alivio de la tensión, la intensificación de las percepciones o el deseo

²NOTA DOS EDITORES: A Primeira Sala da Suprema Corte Mexicana editou uma série de teses jurisprudenciais sobre o consumo recreativo de maconha. Essas teses foram editadas a partir de cinco casos (“Amparo em Revisión”). São eles: (i) 237/2014; (ii) 1115/2017; (iii) 623/2017; (iv) 548/2018; e (v) 547/2018. As decisões são recentes e pelo interesse do tema, decidiu-se por publicar as teses aqui, nessa seção de jurisprudência.

de nuevas experiencias personales y espirituales. Estas experiencias se encuentran entre las más personales e íntimas que alguien pueda experimentar, de tal manera que la decisión de un individuo mayor de edad de “afectar” su personalidad de esta manera con fines recreativos o lúdicos se encuentra tutelada prima facie por el derecho al libre desarrollo de ésta. Así las cosas, esta Primera Sala concluye que la prohibición contenida en los artículos 235, último párrafo, 237, 245, fracción I, 247, último párrafo, y 248 de la Ley General de Salud, efectivamente incide en el contenido prima facie del derecho fundamental en cuestión, toda vez que constituye un obstáculo jurídico que impide ejercer el derecho a decidir qué tipo de actividades recreativas o lúdicas se desean realizar, al tiempo que también impide llevar a cabo lícitamente todas las acciones o actividades necesarias para poder materializar esa elección a través del autoconsumo de la marihuana: siembra, cultivo, cosecha, preparación, acondicionamiento, posesión, transporte, etcétera. Amparo en revisión 237/2014. Josefina Ricaño Bandala y otros. 4 de noviembre de 2015. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto concurrente, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien formuló voto concurrente. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretarios: Arturo Bárcena Zubieta y Ana María Ibarra Olguín. Amparo en revisión 1115/2017. Ulrich Richter Morales. 11 de abril de 2018. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto concurrente, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien formuló voto concurrente y Norma Lucía Piña Hernández, quien reservó su derecho para formular voto concurrente. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretario: Guillermo Pablo López Andrade. Amparo en revisión 623/2017. Armando Ríos Piter. 13 de junio de 2018. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto concurrente, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Norma Lucía Piña Hernández, quien reservó su derecho para formular voto concurrente. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Luz Helena Orozco y Villa. Amparo en revisión 548/2018. María Josefina Santacruz González y otro. 31 de octubre de 2018. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Norma Lucía Piña Hernández. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretarios: Arturo Bárcena Zubieta y José Ignacio Morales Simón. Amparo en revisión 547/2018. Zara Ashely Snapp Hartman y otros. 31 de octubre de 2018. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Norma Lucía Piña Hernández. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: Norma Lucía Piña Hernández. Secretario: Alejandro González Piña. LICENCIADA MARÍA DE LOS ÁNGELES GUTIÉRREZ GATICA, SECRETARIA

DE ACUERDOS DE LA PRIMERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, en términos de lo dispuesto en el artículo 78, fracción XXVIII, del Reglamento Interior de la Suprema Corte de Justicia de la Nación C E R T I F I C A: Que el rubro y texto de la anterior tesis, fueron aprobados en sesión privada de trece de febrero de dos mil diecinueve. Ciudad de México, a catorce de febrero de dos mil diecinueve. Doy fe. **TESIS JURISPRUDENCIAL 3/2019 (10a.)**

PROHIBICIÓN ABSOLUTA DEL CONSUMO LÚDICO DE MARIHUANA. ÉSTA PERSIGUE FINALIDADES CONSTITUCIONALMENTE VÁLIDAS.

La finalidad de la prohibición absoluta del consumo lúdico de marihuana prevista en los artículos 235, último párrafo, 237, 245, fracción I, 247, último párrafo, y 248 de la Ley General de Salud, consiste en proteger la “salud” y el “orden público”, puesto que de una interpretación sistemática del ordenamiento, así como de los distintos procesos de reforma a la ley, puede desprenderse que el legislador tuvo la intención de procurar la salud de los consumidores de drogas y proteger a la sociedad de las consecuencias perniciosas derivadas del consumo de drogas, dado que se ha considerado que esta actividad tiene efectos nocivos tanto para el consumidor como para la sociedad en general. Al respecto, hay que destacar que ambas finalidades son constitucionalmente válidas. Por un lado, es evidente que la protección de la salud es un objetivo que legítimamente puede perseguir del Estado, toda vez que se trata de un derecho fundamental reconocido en el artículo 4o. constitucional, en el cual se establece expresamente que toda persona tiene derecho a la protección de la salud. Por otro lado, la Constitución reconoce como interés legítimo del Estado la protección del conglomerado social. Así, no hay duda de que resulta de orden público la persecución de objetivos sociales colectivos a través de decisiones legislativas o políticas públicas. No obstante lo anterior, conviene precisar que el test de proporcionalidad no se satisface únicamente con verificar que la medida legislativa persiga finalidades válidas, sino que además es preciso que la misma sea idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto. Amparo en revisión 237/2014. Josefina Ricaño Bandala y otros. 4 de noviembre de 2015. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto concurrente, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien formuló voto concurrente. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretarios: Arturo Bárcena Zubieta y Ana María Ibarra Olguín. Amparo en revisión 1115/2017. Ulrich Richter Morales. 11 de abril de 2018. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto concurrente, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien formuló voto concurrente y Norma Lucía Piña Hernández, quien reservó su derecho para formular voto concurrente. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretario: Guillermo Pablo López Andrade. Amparo en revisión 623/2017. Armando Ríos Piter. 13 de junio

de 2018. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto concurrente, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Norma Lucía Piña Hernández, quien reservó su derecho para formular voto concurrente. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Luz Helena Orozco y Villa. Amparo en revisión 548/2018. María Josefina Santacruz González y otro. 31 de octubre de 2018. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Norma Lucía Piña Hernández. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretarios: Arturo Bárcena Zubieta y José Ignacio Morales Simón. Amparo en revisión 547/2018. Zara Ashely Snapp Hartman y otros. 31 de octubre de 2018. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Norma Lucía Piña Hernández. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: Norma Lucía Piña Hernández. Secretario: Alejandro González Piña. LICENCIADA MARÍA DE LOS ÁNGELES GUTIÉRREZ GATICA, SECRETARIA DE ACUERDOS DE LA PRIMERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, en términos de lo dispuesto en el artículo 78, fracción XXVIII, del Reglamento Interior de la Suprema Corte de Justicia de la Nación C E R T I F I C A: Que el rubro y texto de la anterior tesis, fueron aprobados en sesión privada de trece de febrero de dos mil diecinueve. Ciudad de México, a catorce de febrero de dos mil diecinueve. Doy fe. **TESIS JURISPRUDENCIAL 7/2019 (10a.)**

DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD. DIMENSIONES INDIVIDUAL Y SOCIAL. La protección de la salud es un objetivo que el Estado puede perseguir legítimamente, toda vez que se trata de un derecho fundamental reconocido en el artículo 4o. constitucional, en el cual se establece expresamente que toda persona tiene derecho a la protección de la salud. Al respecto, no hay que perder de vista que este derecho tiene una proyección tanto individual o personal, como una pública o social. Respecto a la protección a la salud de las personas en lo individual, el derecho a la salud se traduce en la obtención de un determinado bienestar general integrado por el estado físico, mental, emocional y social de la persona, del que deriva otro derecho fundamental, consistente en el derecho a la integridad físico-psicológica. De ahí que resulta evidente que el Estado tiene un interés constitucional en procurarles a las personas en lo individual un adecuado estado de salud y bienestar. Por otro lado, la faceta social o pública del derecho a la salud consiste en el deber del Estado de atender los problemas de salud que afectan a la sociedad en general, así como en establecer los mecanismos necesarios para que todas las personas tengan acceso a los servicios de salud. Lo anterior comprende el deber de emprender las acciones necesarias para alcanzar ese fin, tales como el desarrollo de políticas públicas, controles de calidad de los servicios de salud, identificación de los principales problemas que afecten la salud pública del conglomerado social, entre otras. Amparo en revisión

237/2014. Josefina Ricaño Bandala y otros. 4 de noviembre de 2015. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto concurrente, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien formuló voto concurrente. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretarios: Arturo Bárcena Zubieta y Ana María Ibarra Olguín. Amparo en revisión 1115/2017. Ulrich Richter Morales. 11 de abril de 2018. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto concurrente, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien formuló voto concurrente y Norma Lucía Piña Hernández, quien reservó su derecho para formular voto concurrente. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretario: Guillermo Pablo López Andrade. Amparo en revisión 623/2017. Armando Ríos Piter. 13 de junio de 2018. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto concurrente, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Norma Lucía Piña Hernández, quien reservó su derecho para formular voto concurrente. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Luz Helena Orozco y Villa. Amparo en revisión 548/2018. María Josefina Santacruz González y otro. 31 de octubre de 2018. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Norma Lucía Piña Hernández. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretarios: Arturo Bárcena Zubieta y José Ignacio Morales Simón. Amparo en revisión 547/2018. Zara Ashely Snapp Hartman y otros. 31 de octubre de 2018. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Norma Lucía Piña Hernández. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: Norma Lucía Piña Hernández. Secretario: Alejandro González Piña. LICENCIADA MARÍA DE LOS ÁNGELES GUTIÉRREZ GATICA, SECRETARIA DE ACUERDOS DE LA PRIMERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, en términos de lo dispuesto en el artículo 78, fracción XXVIII, del Reglamento Interior de la Suprema Corte de Justicia de la Nación C E R T I F I C A: Que el rubro y texto de la anterior tesis, fueron aprobados en sesión privada de trece de febrero de dos mil diecinueve. Ciudad de México, a catorce de febrero de dos mil diecinueve. Doy fe. **TESIS JURISPRUDENCIAL 8/2019 (10a.)**

PROHIBICIÓN ABSOLUTA DEL CONSUMO LÚDICO DE MARIHUANA. NO ES UNA MEDIDA PROPORCIONAL PARA PROTEGER LA SALUD Y EL ORDEN PÚBLICO. En la cuarta y última etapa del test de proporcionalidad, corresponde comparar el grado de intervención en el derecho fundamental frente al grado de satisfacción de la finalidad constitucional perseguida. En este contexto, en el caso de la prohibición absoluta al consumo lúdico de la marihuana contenida en los artículos

235, último párrafo, 237, 245, fracción I, 247, último párrafo, y 248 de la Ley General de Salud, corresponde contrastar la eficacia con la que el “sistema de prohibiciones administrativas” consigue proteger la salud de las personas y el orden público, frente al nivel de afectación que esa misma medida provoca en el contenido prima facie del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Así, en claro contraste con las escasas afectaciones en la salud y el orden público que protege la prohibición aludida, se ubica la intensa afectación al derecho al libre desarrollo de la personalidad que supone dicha medida legislativa. Desde este punto de vista, la afectación al libre desarrollo de la personalidad que comporta este “sistema de prohibiciones administrativas” puede calificarse como muy intensa, pues consiste en una prohibición prácticamente absoluta para consumir la marihuana y realizar las actividades relacionadas con el autoconsumo de ésta, de tal manera que suprime todas las posiciones jurídicas en las que podría ejercerse el derecho. En tal sentido, la medida analizada no se circunscribe a regular la forma y lugar en que pueden realizarse dichas actividades atendiendo a las finalidades constitucionalmente válidas que efectivamente tienen esos artículos, como podría haberlo hecho el legislador, sino que directamente prohíbe todas esas conductas. Consecuentemente, el “sistema de prohibiciones administrativas” ocasiona una afectación muy intensa al derecho al libre desarrollo de la personalidad en comparación con el grado mínimo de protección a la salud y al orden público que alcanza dicha medida. Amparo en revisión 237/2014. Josefina Ricaño Bandala y otros. 4 de noviembre de 2015. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto concurrente, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien formuló voto concurrente. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretarios: Arturo Bárcena Zubieta y Ana María Ibarra Olguín. Amparo en revisión 1115/2017. Ulrich Richter Morales. 11 de abril de 2018. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto concurrente, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien formuló voto concurrente y Norma Lucía Piña Hernández, quien reservó su derecho para formular voto concurrente. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretario: Guillermo Pablo López Andrade. Amparo en revisión 623/2017. Armando Ríos Piter. 13 de junio de 2018. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto concurrente, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Norma Lucía Piña Hernández, quien reservó su derecho para formular voto concurrente. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Luz Helena Orozco y Villa. Amparo en revisión 548/2018. María Josefina Santacruz González y otro. 31 de octubre de 2018. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Norma Lucía Piña Hernández. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretarios: Arturo Bárcena Zubieta y José

Ignacio Morales Simón. Amparo en revisión 547/2018. Zara Ashely Snapp Hartman y otros. 31 de octubre de 2018. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Norma Lucía Piña Hernández. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: Norma Lucía Piña Hernández. Secretario: Alejandro González Piña. LICENCIADA MARÍA DE LOS ÁNGELES GUTIÉRREZ GATICA, SECRETARIA DE ACUERDOS DE LA PRIMERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, en términos de lo dispuesto en el artículo 78, fracción XXVIII, del Reglamento Interior de la Suprema Corte de Justicia de la Nación C E R T I F I C A: Que el rubro y texto de la anterior tesis, fueron aprobados en sesión privada de trece de febrero de dos mil diecinueve. Ciudad de México, a catorce de febrero de dos mil diecinueve. Doy fe. **TESIS JURISPRUDENCIAL 9/2019 (10a.)**

INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PROHIBICIÓN ABSOLUTA AL CONSUMO LÚDICO O RECREATIVO DE MARIHUANA PREVISTA POR LA LEY GENERAL DE SALUD. Los artículos 235, último párrafo, 237, 245, fracción I, 247, último párrafo, y 248, todos de la Ley General de Salud, en las porciones normativas que establecen una prohibición para que la Secretaría de Salud emita autorizaciones para realizar las actividades relacionadas con el autoconsumo con fines lúdicos o recreativos -sembrar, cultivar, cosechar, preparar, poseer y transportar- del estupefaciente “cannabis” (sativa, índica y americana o marihuana, su resina, preparados y semillas) y del psicotrópico “THC” [tetrahidrocannabinol, los siguientes isómeros: Δ6a (10a), Δ6a (7), Δ7, Δ8, Δ9, Δ10, Δ9 (11) y sus variantes estereoquímicas], en conjunto conocido como “marihuana”, son inconstitucionales, toda vez que provocan una afectación innecesaria y desproporcionada en el derecho al libre desarrollo de la personalidad. En efecto, la medida no es necesaria debido a que existen medios alternativos a la prohibición absoluta del consumo lúdico de marihuana que son igualmente idóneos para proteger la salud y el orden público, pero que afectan en menor grado al derecho fundamental en cuestión; asimismo, la ley ocasiona una afectación muy intensa al derecho al libre desarrollo de la personalidad, en comparación con el grado mínimo de protección a la salud y al orden público que alcanza dicha medida. Amparo en revisión 237/2014. Josefina Ricaño Bandala y otros. 4 de noviembre de 2015. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto concurrente, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien formuló voto concurrente. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretarios: Arturo Bárcena Zubieta y Ana María Ibarra Olguín. Amparo en revisión 1115/2017. Ulrich Richter Morales. 11 de abril de 2018. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto concurrente, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien formuló voto concurrente y Norma Lucía Piña Hernández, quien reservó su derecho para formular voto concurrente. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: Jorge Mario

Pardo Rebolledo. Secretario: Guillermo Pablo López Andrade. Amparo en revisión 623/2017. Armando Ríos Piter. 13 de junio de 2018. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto concurrente, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Norma Lucía Piña Hernández, quien reservó su derecho para formular voto concurrente. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Luz Helena Orozco y Villa. Amparo en revisión 548/2018. María Josefina Santacruz González y otro. 31 de octubre de 2018. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Norma Lucía Piña Hernández. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretarios: Arturo Bárcena Zubieta y José Ignacio Morales Simón. Amparo en revisión 547/2018. Zara Ashely Snapp Hartman y otros. 31 de octubre de 2018. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Norma Lucía Piña Hernández. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: Norma Lucía Piña Hernández. Secretario: Alejandro González Piña. LICENCIADA MARÍA DE LOS ÁNGELES GUTIÉRREZ GATICA, SECRETARIA DE ACUERDOS DE LA PRIMERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, en términos de lo dispuesto en el artículo 78, fracción XXVIII, del Reglamento Interior de la Suprema Corte de Justicia de la Nación C E R T I F I C A: Que el rubro y texto de la anterior tesis, fueron aprobados en sesión privada de trece de febrero de dos mil diecinueve. Ciudad de México, a catorce de febrero de dos mil diecinueve. Doy fe. **TESIS JURISPRUDENCIAL 10/2019 (10a.)**

PROHIBICIÓN ABSOLUTA DEL CONSUMO LÚDICO DE MARIHUANA. NO ES UNA MEDIDA NECESARIA PARA PROTEGER LA SALUD Y EL ORDEN PÚBLICO. La prohibición absoluta del consumo lúdico de la marihuana prevista por los artículos 235, último párrafo, 237, 245, fracción I, 247, último párrafo, y 248 de la Ley General de Salud, no constituye una medida necesaria para proteger los fines constitucionales que persigue el legislador, toda vez que existen medidas alternativas que son igualmente idóneas para alcanzar dichos fines, pero que afectan en menor grado el derecho al libre desarrollo de la personalidad. En efecto, el sistema de prohibiciones administrativas configurado por los artículos impugnados prohíbe una “clase genérica de actos” (cualquier acto de consumo), mientras que una medida alternativa podría implicar únicamente prohibir “una subclase más específica” de esos actos (actos de consumo en circunstancias específicas). En este orden de ideas, la medida legislativa impide el consumo de marihuana en cualquier circunstancia, cuando para alcanzar los fines que pretende podría limitarse a desalentar ciertas conductas o a establecer prohibiciones en supuestos más específicos, como manejar vehículos o instrumentos peligrosos bajo los efectos de la sustancia, consumirla en lugares públicos o inducir a terceros a que también la consuman. Dicho de otro modo, el “sistema de

prohibiciones administrativas” configurado por los artículos que prohíben de forma absoluta el consumo lúdico de la marihuana es altamente suprainclusivo, al regular circunstancias que no encuentran fundamento en la protección de los derechos de terceros o del orden público. Consecuentemente, se trata de una medida innecesaria en la consecución de su fin. Amparo en revisión 237/2014. Josefina Ricaño Bandala y otros. 4 de noviembre de 2015. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto concurrente, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien formuló voto concurrente. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretarios: Arturo Bárcena Zubieta y Ana María Ibarra Olguín. Amparo en revisión 1115/2017. Ulrich Richter Morales. 11 de abril de 2018. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto concurrente, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien formuló voto concurrente y Norma Lucía Piña Hernández, quien reservó su derecho para formular voto concurrente. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretario: Guillermo Pablo López Andrade. Amparo en revisión 623/2017. Armando Ríos Piter. 13 de junio de 2018. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto concurrente, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Norma Lucía Piña Hernández, quien reservó su derecho para formular voto concurrente. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Luz Helena Orozco y Villa. Amparo en revisión 548/2018. María Josefina Santacruz González y otro. 31 de octubre de 2018. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Norma Lucía Piña Hernández. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretarios: Arturo Bárcena Zubieta y José Ignacio Morales Simón. Amparo en revisión 547/2018. Zara Ashely Snapp Hartman y otros. 31 de octubre de 2018. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Norma Lucía Piña Hernández. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: Norma Lucía Piña Hernández. Secretario: Alejandro González Piña. LICENCIADA MARÍA DE LOS ÁNGELES GUTIÉRREZ GATICA, SECRETARIA DE ACUERDOS DE LA PRIMERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, en términos de lo dispuesto en el artículo 78, fracción XXVIII, del Reglamento Interior de la Suprema Corte de Justicia de la Nación C E R T I F I C A: Que el rubro y texto de la anterior tesis, fueron aprobados en sesión privada de seis de marzo de dos mil diecinueve. Ciudad de México, a siete de marzo de dos mil diecinueve. Doy fe. **TESIS JURISPRUDENCIAL 25/2019 (10a.) SUPREMA CORTE DE LA JUSTICIA DE LA NACIÓN. PRIMERA SALA. Disponible en:** https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/tesis/documento/2019-09/TESIS%20JURISPRUDENCIALES%202019_PRIMERA%20SALA_1.pdf

3DERECHO DE LOS PADRES A TOMAR DECISIONES MÉDICAS POR SUS HIJOS.

Una decisión que forma parte del espectro de elecciones autónomas que toman los padres bajo el amparo de la privacidad familiar radica en la libertad de tomar decisiones médicas por sus hijos. En efecto, son los padres quienes, en principio, protegen de mejor manera los intereses de sus hijos. Dados los lazos de amor y convivencia son ellos quienes procuran en mayor medida la satisfacción de los derechos a la salud y vida de los niños; además, son ellos quienes mejor conocen sus deseos y preocupaciones. Ahora bien, en los contextos médicos, mientras los niños carezcan de la madurez necesaria para tomar las decisiones concernientes a su salud por sí mismos, sus tutores o padres deberán asumir este rol, siempre buscando satisfacer el mejor interés del niño. La libertad de tomar estas decisiones está protegida por la privacidad familiar, lo cual confiere a los padres la responsabilidad de ponderar diversas razones con base en asesoramiento médico, y elegir aquello que mejor convenga a los intereses del menor, libres de interferencias arbitrarias en su vida privada. Particularmente en el ámbito médico los padres se enfrentan a un escenario complejo, pues con base en la asesoría de los médicos, deben ponderar cuidadosamente la eficacia y los riesgos de los tratamientos de acuerdo con la condición clínica que afecte a su hijo. En esa encrucijada, están llamados a velar en todo momento por el bienestar de sus hijos, por lo que debe existir una correspondencia entre la decisión médica que asuman y las medidas terapéuticas que mejor permitan al menor mantener su integridad y recuperar su salud. Evidentemente, su deber es proteger siempre el interés superior del menor; a esta consideración deben asignar un valor fundamental y prevalente en cualquier decisión que tomen. Amparo en revisión 1049/2017. 15 de agosto de 2018. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto concurrente, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien reservó su derecho para formular voto concurrente, y Norma Lucía Piña Hernández, quien reservó su derecho para formular voto concurrente. Disidente: José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto particular. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretaria: Ana María Ibarra Olguín. LICENCIADA MARÍA DE LOS ÁNGELES GUTIÉRREZ GATICA, SECRETARIA DE ACUERDOS DE LA PRIMERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, en términos de lo dispuesto en el artículo 78, fracción XXVIII, del Reglamento Interior de la Suprema Corte de Justicia de la Nación C E R T I F I C A: Que el rubro y texto de la anterior tesis, fueron aprobados en sesión privada de treinta de enero de dos mil diecinueve. Ciudad de México, a treinta y uno de enero de dos mil diecinueve. Doy fe. **TESIS AISLADA VI/2019 (10a.)**

³**NOTA DOS EDITORES:** A Primeira Sala da Suprema Corte de Justiça do México editou três teses isoladas (tesis aisladas envolvendo o direito dos pais em tomar decisões médicas por seus filhos, considerando questões religiosas. As cinco teses decorreram da análise do caso: Amparo em Revisión 1049/2017. Pelo interesse do tema, decidiu-se por publicar as teses aqui, nessa seção de jurisprudência.

AUTONOMÍA PROGRESIVA DE LOS MENORES. DERECHO DE LAS NIÑAS Y LOS NIÑOS A DECIDIR EN CONTEXTOS MÉDICOS.

Si bien los padres son los legitimados *prima facie* para decidir por sus hijos menores de edad en los contextos médicos, los artículos 5 y 12 de la Convención de los Derechos del Niño, reconocen a los menores como sujetos de derechos y partícipes activos en la toma de las decisiones que les conciernen. Así, los menores de edad ejercen sus derechos de manera progresiva en la medida en que van desarrollando un mayor nivel de autonomía. A esto se ha denominado “evolución de la autonomía de los menores”. De acuerdo con lo anterior, en la medida en que se desarrolla la capacidad de madurez del niño para ejercer sus derechos con autonomía, disminuye el derecho de los padres a tomar decisiones por él. Esto quiere decir que alcanzado cierto grado de madurez, el niño o la niña, puede decidir qué decisiones tomar con base en esta. Como consecuencia, en algunos casos puede tomar decisiones médicas por él mismo. Amparo en revisión 1049/2017. 15 de agosto de 2018. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto concurrente, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien reservó su derecho para formular voto concurrente, y Norma Lucía Piña Hernández, quien reservó su derecho para formular voto concurrente. Disidente: José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto particular. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretaria: Ana María Ibarra Olguín. LICENCIADA MARÍA DE LOS ÁNGELES GUTIÉRREZ GATICA, SECRETARIA DE ACUERDOS DE LA PRIMERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, en términos de lo dispuesto en el artículo 78, fracción XXVIII, del Reglamento Interior de la Suprema Corte de Justicia de la Nación C E R T I F I C A: Que el rubro y texto de la anterior tesis, fueron aprobados en sesión privada de treinta de enero de dos mil diecinueve. Ciudad de México, a treinta y uno de enero de dos mil diecinueve. Doy fe. **TESIS AISLADA VII/2019 (10a.)**

DERECHOS A LA SALUD Y VIDA DE LOS NIÑOS COMO LÍMITE A LOS DERECHOS A LA PRIVACIDAD FAMILIAR Y LIBERTAD RELIGIOSA.

Los padres gozan con un ámbito de autonomía muy amplio para tomar numerosas decisiones por sus hijos —a qué escuela van acudir, en donde deciden vivir, qué valores inculcar y qué religión enseñarles—, y autonomía para sopesar diversas razones y elegir lo que estimen mejor para ellos sin intervenciones externas. En ese sentido, se presume que son los más aptos para decidir lo que resulte más favorable para las niñas y niños a su cargo. Sin embargo, el interés superior del menor es una consideración prevalente tratándose de decisiones que son críticas para el futuro o bienestar de un menor, como aquellas relacionadas con su derecho a la salud y a la vida. Así, el derecho de los padres a tomar esas decisiones sin interferencias encuentra su límite en la salud y la vida del menor. En efecto, esta Primera Sala entiende que las decisiones de los padres sobre sus hijos, aunque inicialmente protegidas por un claro campo de autonomía, no pueden ser sostenidas si colocan en riesgo la salud del menor. En estos casos está justificado intervenir en la autonomía familiar con el

objeto de impedir una afectación a la integridad del menor. Ello obedece a que los derechos parentales tienen fundamento precisamente en la protección que deben brindar los padres a sus niños. De manera similar, la libertad religiosa y el derecho a la vida privada familiar no comprenden la imposición de prácticas religiosas que comprometan la salud y vida de los niños. En otras palabras: la libertad religiosa no confiere a los padres la autoridad para decidir sobre la vida o la muerte de sus hijos menores de edad; así, los derechos de los padres encuentran su límite ahí donde se pone en riesgo la vida de sus hijos. Amparo en revisión 1049/2017. 15 de agosto de 2018. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto concurrente, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien reservó su derecho para formular voto concurrente, y Norma Lucía Piña Hernández, quien reservó su derecho para formular voto concurrente. Disidente: José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto particular. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretaria: Ana María Ibarra Olguín. LICENCIADA MARÍA DE LOS ÁNGELES GUTIÉRREZ GATICA, SECRETARIA DE ACUERDOS DE LA PRIMERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, en términos de lo dispuesto en el artículo 78, fracción XXVIII, del Reglamento Interior de la Suprema Corte de Justicia de la Nación **C E R T I F I C A**: Que el rubro y texto de la anterior tesis, fueron aprobados en sesión privada de treinta de enero de dos mil diecinueve. Ciudad de México, a treinta y uno de enero de dos mil diecinueve. Doy fe. **TESIS AISLADA IX/2019 (10a.)**

INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA PRIVACIDAD FAMILIAR. SUPUESTO DE RIESGO A LA VIDA DEL MENOR EN CONTEXTOS MÉDICOS. Los padres son libres de formar a sus hijos en la religión que elijan conforme a sus convicciones, y son quienes están legitimados para autorizar decisiones médicas sobre ellos. Sin embargo, el ejercicio de esta libertad no debe poner en riesgo la vida del menor. En consecuencia, el Estado puede interferir válidamente la autonomía parental para tomar decisiones por los padres cuando sus elecciones coloquen en riesgo la vida de sus hijos. Tratándose particularmente de contextos médicos, la puesta en riesgo de la vida de un niño se actualiza cuando los padres, privilegiando sus creencias religiosas, se rehúsan a seguir el tratamiento médico idóneo para salvar la vida de su hijo menor de edad. Al respecto, el tratamiento médico idóneo para salvar la vida es aquél que ya ha sido acreditado por la comunidad médica como el procedimiento más efectivo para tratar determinada condición letal. En esa medida, se trata de una intervención médica que no presenta una disputa científica sustancial sobre su eficacia y confiabilidad. De acuerdo con lo anterior, un tratamiento idóneo es aquél procedimiento recomendado por la ciencia médica que cuenta con el nivel más alto posible de consolidación científica y que, por lo tanto, se indica con el mayor grado prioridad. En suma, el principio de interés superior del menor impone que siempre deba optarse por el tratamiento que cuente con mayor probabilidad de salvar la vida de un niño. Amparo en revisión 1049/2017. 15 de agosto de 2018. Mayoría de

cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto concurrente, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien reservó su derecho para formular voto concurrente, y Norma Lucía Piña Hernández, quien reservó su derecho para formular voto concurrente. Disidente: José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto particular. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretaria: Ana María Ibarra Olguín. LICENCIADA MARÍA DE LOS ÁNGELES GUTIÉRREZ GATICA, SECRETARIA DE ACUERDOS DE LA PRIMERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, en términos de lo dispuesto en el artículo 78, fracción XXVIII, del Reglamento Interior de la Suprema Corte de Justicia de la Nación C E R T I F I C A: Que el rubro y texto de la anterior tesis, fueron aprobados en sesión privada de treinta de enero de dos mil diecinueve. Ciudad de México, a treinta y uno de enero de dos mil diecinueve. Doy fe. **TESIS AISLADA X/2019 (10a.)**

AUTONOMÍA PARENTAL. LINEAMIENTOS PARA SU INTERVENCIÓN POR PARTE DEL ESTADO EN UN CONTEXTO MÉDICO. El Estado puede actuar para proteger a un menor si, con base en sus creencias religiosas, los padres se oponen a que se le aplique el tratamiento idóneo para salvar su vida, en el entendido de que la intervención estatal en un contexto médico está regulada por lineamientos encaminados a preservar el interés superior del menor sin atropellar los derechos de los padres. En este sentido, dichos lineamientos son relevantes desde que el menor es presentado para recibir servicios médicos, hasta que –en caso de un riesgo para su vida– el Estado interviene con el fin de tutelar sus derechos. En primer lugar, el personal sanitario debe informar a los padres sobre los tratamientos médicos que recibirá el niño, pues son ellos quienes, en principio, tomarán una decisión; en ese sentido, los padres tienen derecho a conocer las alternativas médicas disponibles para tratar a sus hijos. Así, los médicos deben proveer a los padres con suficiente información de modo que les permita ponderar efectivamente las ventajas y los inconvenientes de diversos procedimientos, para elegir el que mejor convenga a los intereses del menor. En segundo, si los médicos advierten un riesgo para la vida del menor, tienen la obligación de hacerlo del conocimiento de las autoridades de protección de menores, lo cual ocurre si los padres pretenden impedir que se aplique el tratamiento más apto para salvar su vida, y pugnan por un tratamiento que es inferior conforme a la *lex artis* médica. Sin perjuicio de lo anterior, en presencia de una situación urgente, puede ser indispensable que el médico tratante intervenga sin el consentimiento con la finalidad de preservar la vida del menor. En tercero, las entidades públicas deben respetar ciertos lineamientos al intervenir en la autonomía familiar y decidir si asumen la protección provisional del menor. Al respecto, la tutela que ejercen las entidades públicas es la medida provisional o transitoria para proteger los derechos e intereses de los menores cuando se coloquen en riesgo; así, a partir de la denuncia del personal médico, las autoridades de protección a la infancia deberán realizar las actuaciones que estimen necesarias para asegurarse de

la existencia o no de la vulneración o restricción a sus derechos. Concretamente, las autoridades estatales deberán indagar inmediatamente sobre la veracidad de los hechos denunciados y determinar si existen elementos o razones para iniciar un procedimiento administrativo de protección, y si la autoridad aprecia que existen elementos para ello, entonces deberá tomar la representación en suplencia de los menores involucrados. Como no puede ser de otro modo, las medidas provisionales que dicten las entidades públicas deberán fundarse en el interés superior del menor, ser especialmente sensibles al grado de premura con la que sea necesario actuar para salvaguardar su salud, ser provisionales y tener un efecto inmediato. Amparo en revisión 1049/2017. 15 de agosto de 2018. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto concurrente, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien reservó su derecho para formular voto concurrente, y Norma Lucía Piña Hernández, quien reservó su derecho para formular voto concurrente. Disidente: José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto particular. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretaria: Ana María Ibarra Olguín. LICENCIADA MARÍA DE LOS ÁNGELES GUTIÉRREZ GATICA, SECRETARIA DE ACUERDOS DE LA PRIMERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, en términos de lo dispuesto en el artículo 78, fracción XXVIII, del Reglamento Interior de la Suprema Corte de Justicia de la Nación C E R T I F I C A: Que el rubro y texto de la anterior tesis, fueron aprobados en sesión privada de treinta de enero de dos mil diecinueve. Ciudad de México, a treinta y uno de enero de dos mil diecinueve. Doy fe. **TESIS AISLADA XI/2019 (10a.)**

INTERVENCIÓN ESTATAL EN LA AUTONOMÍA FAMILIAR EN UN CONTEXTO MÉDICO. DEBERES DEL ESTADO DERIVADOS DE LA PRIVACIDAD FAMILIAR Y EL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN. El Estado puede actuar para proteger a un menor si, con base en sus creencias religiosas, los padres se oponen a que se aplique al menor el tratamiento idóneo para salvar su vida. Esta protección se hace efectiva a través de la tutela provisional del menor. Lo anterior, no autoriza al Estado a desplazar los derechos a la privacidad familiar y a la no discriminación de los progenitores, sino que derivado de estos derechos debe observar lineamientos mínimos para garantizar su disfrute. En primer lugar, la tutela que asuma el Estado se encuentra limitada a tomar las decisiones médicas concernientes a la recuperación de la salud del niño, por el tiempo que dure el tratamiento médico, y no debe desplazar de ningún modo los demás derechos que tienen los padres en el núcleo familiar. Aun cuando el interés superior del menor es el parámetro central en estos casos, las autoridades involucradas también deben procurar la unidad y estabilidad familiar, tratando de incorporar a los padres en las decisiones médicas. En segundo lugar, los padres en todo momento tienen derecho a recibir información acerca del estado de salud de sus hijos, así como en cuanto a los tratamientos y medicamentos que se le aplican al menor de edad. Asimismo, siempre que sea médicamente posible los padres tienen derecho a estar junto a sus hijos y no deben

ser separados en contra de su voluntad salvo en casos estrictamente necesarios. En tercer lugar, las instituciones de salud tienen la obligación de proporcionarles una atención adecuada y libre de discriminación. En ese contexto, es importante que las autoridades implicadas reconozcan la situación de vulnerabilidad en la que pueden ubicarse las minorías religiosas, especialmente por profesar una creencia contraria al paradigma médico. Por lo tanto, las autoridades involucradas deben velar porque estas personas no sean estigmatizadas como malos padres o que sean relegadas a tomar un papel secundario en la recuperación del menor. Amparo en revisión 1049/2017. 15 de agosto de 2018. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto concurrente, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien reservó su derecho para formular voto concurrente, y Norma Lucía Piña Hernández, quien reservó su derecho para formular voto concurrente. Disidente: José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto particular. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretaria: Ana María Ibarra Olguín. LICENCIADA MARÍA DE LOS ÁNGELES GUTIÉRREZ GATICA, SECRETARIA DE ACUERDOS DE LA PRIMERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, en términos de lo dispuesto en el artículo 78, fracción XXVIII, del Reglamento Interior de la Suprema Corte de Justicia de la Nación C E R T I F I C A: Que el rubro y texto de la anterior tesis, fueron aprobados en sesión privada de treinta de enero de dos mil diecinueve. Ciudad de México, a treinta y uno de enero de dos mil diecinueve. Doy fe. **TESIS AISLADA XII/2019 (10a.)**

DERECHO DE LOS PROGENITORES DE UN MENOR DE EDAD A OPTAR POR UN TRATAMIENTO ALTERNATIVO EN CONTEXTOS MÉDICOS.

Cuando la madre o el padre de un menor de edad lo presentan a alguna institución sanitaria para recibir servicios de salud, regularmente los médicos efectúan un diagnóstico del paciente y en la medida de lo posible recomiendan uno o varios tratamientos a seguir. De acuerdo con el derecho al consentimiento informado, los padres son quienes están a cargo de considerar las intervenciones propuestas por los médicos y otorgar el consentimiento en representación de su menor hijo para que se realicen los procedimientos respectivos. En este contexto, los progenitores de un menor de edad tienen derecho a conocer, comprender y postular un tratamiento alternativo al indicado en ejercicio de su derecho al consentimiento informado, mismo que deberá ser considerado cuidadosamente por los médicos con objeto de determinar si cuenta con una eficacia similar o comparable a la del tratamiento idóneo. Así —si la situación médica del menor lo permite—, los progenitores pueden solicitar que se les informe de las alternativas médicas disponibles, y el personal sanitario las debe exponer detalladamente, intentando que aquéllos comprendan cabalmente sus alcances. En otras palabras, los médicos deben proveer a los padres con suficiente información de un modo que les permita ponderar efectivamente las ventajas y los inconvenientes de diversos procedimientos, a efecto de elegir aquél que mejor convenga a los intereses del menor. Con todo, si no existe un procedimiento

alternativo similar o de eficacia comparable al tratamiento indicado por la lex artis médica, y los padres insisten en su objeción, el Estado podrá asumir la tutela del niño con la finalidad de autorizar que el menor reciba aquel tratamiento que cuenta con una capacidad científicamente comprobada para salvar su vida. Amparo en revisión 1049/2017. 15 de agosto de 2018. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto concurrente, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien reservó su derecho para formular voto concurrente, y Norma Lucía Piña Hernández, quien reservó su derecho para formular voto concurrente. Disidente: José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto particular. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretaria: Ana María Ibarra Olguín. LICENCIADA MARÍA DE LOS ÁNGELES GUTIÉRREZ GATICA, SECRETARIA DE ACUERDOS DE LA PRIMERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, en términos de lo dispuesto en el artículo 78, fracción XXVIII, del Reglamento Interior de la Suprema Corte de Justicia de la Nación C E R T I F I C A: Que el rubro y texto de la anterior tesis, fueron aprobados en sesión privada de treinta de enero de dos mil diecinueve. Ciudad de México, a treinta y uno de enero de dos mil diecinueve. Doy fe. **TESIS AISLADA XIII/2019 (10a.)**

URUGUAI

CONSTITUCIONALIDADE – ACESSO A TRATAMENTO – DIREITO À SAÚDE. VISTOS: Para sentencia, estos autos caratulados: “SANCHIS GÓMEZ, ARLINDO C/ MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA – AMPARO - EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD – ARTS. 51 LITERAL B Y EL INCISO FINAL DEL ART. 45 DE LA LEY N° 18.211” – IUE: 2-43986/2018. CONSIDERANDO: 1.- Que de acuerdo a lo dispuesto por el art. 519 del Código General del Proceso, la Suprema Corte de Justicia se encuentra legalmente facultada para resolver las cuestiones de inconstitucionalidad que le fueren elevadas, en cualquier estado de los procedimientos y con prescindencia de la situación en que se encontrare el trámite respectivo, siempre que exista jurisprudencia sobre el caso planteado y a juicio de la Corte corresponda mantener su anterior criterio. 2.- La Corporación por Sentencia No. 125/2018 desestimó por mayoría la inconstitucionalidad deducida contra el art. 45 de la Ley No. 18.211, en términos enteramente trasladables al subcausa. 3.- En lo que refiere a la inconstitucionalidad a la impugnación del artículo 51 literal “b” de la ley 18.211. Establece la disposición cuestionada: “Los usuarios del Sistema Nacional Integrado de Salud tienen los siguientes derechos respecto de los prestadores integrados al mismo: (...) B) A recibir, en igualdad de condiciones, las prestaciones incluidas en los programas integrales a que refiere el artículo 45 de la presente ley”. 1) La legitimación. La actora no se encuentra en la situación jurídica que la habilita a pretender la declaración de inconstitucionalidad de este artículo, al no ser titular de un interés que presente la nota de “directo”. Véase que de acuerdo con los términos de la disposición impugnada, es claro que lo que lesiona el interés invocado no es

el contenido del artículo 51 literal “b”, sino el de otra disposición legal: el artículo 45 de la ley 18.211. 2) La inconstitucionalidad denunciada. Atento a la ausencia de legitimación relevada, no cabe ingresar al mérito del cuestionamiento. Por lo expuesto, la Suprema Corte de Justicia, por mayoría, FALLA: DESESTÍMASE EL EXCEPCIONAMIENTO DE INCONSTITUCIONALIDAD INTERPUESTO, CON COSTAS A CARGO DE LA EXCEPCIONANTE. OPORTUNAMENTE, DEVUÉLVASE. MINISTROS DRES. CHEDIAK Y TOSI DISCORDES PARCIALMENTE: Por que entiendo que corresponde declarar inconstitucionales y, consecuentemente, inaplicable en el caso, el artículo 45 de la ley 18.211. El Dr. Luis Tosi Boeri, hace suya la argumentación de los Dres. Felipe Hounie y Jorge Chediak en casos similares que surge a continuación. En cuanto a la constitucionalidad del artículo 45 de la ley 18.211. Considero que, efectivamente, la disposición impugnada vulnera el derecho a la salud consagrado en el artículo 44 inciso tercero de la Constitución, así como el derecho a la vida. Llego a tal conclusión revalidando la línea argumental que la Corte, en mayoría, siguió en la sentencia N° 396/2016, que hizo lugar a la excepción de inconstitucionalidad que un paciente opuso contra el artículo 7 de la ley 18.335, que le impedía acceder a un medicamento que necesitaba para paliar la grave enfermedad que padecía. En ese caso, la Corte dijo: El derecho a la salud, expresamente reconocido en el art. 44 de la Constitución, constituye un derecho humano esencial, inherente a la persona, y de cuyo pleno goce dependen todos los demás. En este sentido, el derecho a la salud podría considerárselo, conjuntamente con la vida, uno de los derechos absolutos, ya que su instrumentalidad respecto del segundo nombrado es indiscutible. Es de señalar que la citada norma superior establece: “El Estado legislará en todas las cuestiones relacionadas con la salud e higiene públicas, procurando el perfeccionamiento físico, moral y social de todos los habitantes del país. Todos los habitantes tienen el deber de cuidar de su salud, así como el de asistirse en caso de enfermedad. El Estado proporcionará gratuitamente los medios de prevención y de asistencia tan sólo a los indigentes o carentes de recursos suficientes”. Como se indicara en la Sentencia N° 696/2014, citando a su vez el Pronunciamiento N° 1.713/2010: “En efecto, la Salud Pública es un cometido esencial inherente del Estado, y en casos como el de autos la legislación sobre tabaquismo resulta un bien jurídico superior que participa de la noción de orden público (art. 44 de la Constitución), por lo que resulta natural que se cometiera al M.S.P. dicha reglamentación, pues de acuerdo a la Ley Orgánica de Salud Pública N° 9.202, le compete al mismo adoptar todas las medidas que estime necesarias para mantener la Salud colectiva, dictando todos los reglamentos y disposiciones necesarias para este fin primordial (art. 2)...”. Sobre esa base el Juez debe analizar la norma impugnada, así como toda la legislación en la materia, incluso decretos y resoluciones del Poder Ejecutivo y Ministerio de Salud Pública, para desentrañar el espíritu de la Ley, que en ningún caso puede revelar la intención de limitar en forma alguna el acceso a la salud. Como se señaló en el fallo que vengo de transcribir, la ley no puede, como sucede en este caso, dejar ningún “margen” para limitar el derecho a la salud. Ello,

porque ese (...) “margen” legal previsto, y que se completará en vía administrativa, deja una “ventana” abierta para la limitación de un derecho que, por su naturaleza instrumental con el derecho a la vida, no admite la menor restricción. Pues bien, bajo estas premisas, considero que la disposición atacada es inconstitucional, por cuanto habilita al Ministerio de Salud Pública a limitar el alcance del tratamiento médico al que tienen derecho los usuarios del Sistema Nacional de Salud, carentes de los recursos suficientes en casos en los que, como el aquí planteado, su salud -y hasta su vida- están en riesgo. En efecto, ello contraviene lo dispuesto en el artículo 44 inciso tercero de la Constitución. Se revalida así el criterio que sostuve como integrante del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2º Turno en cuanto al indiscutido rango constitucional del derecho prestacional derivado de dicha norma constitucional (sentencia Nº 159/2008 de la Sala Civil de 2º Turno). Finalmente, estimo que el excepcionante acreditó encontrarse en la situación económica allí prevista, tal como surge de fs. 35/37. **SUPREMA CORTE DE JUSTICIA. NRO: 395/2019. FECHA: 20/02/2019.**

CONSTITUCIONALIDADE – ACESSO A TRATAMENTO – DIREITO À SAÚDE. VISTOS: Para sentencia, estos autos caratulados: “VV C/ MM – AMPARO - EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD – ART. 461 DE LA LEY Nº 19.355” – IUE: 2-24516/2019. CONSIDERANDO: 1.- Que de acuerdo a lo dispuesto por el art. 519 del Código General del Proceso, la Suprema Corte de Justicia se encuentra legalmente facultada para resolver las cuestiones de inconstitucionalidad que le fueren elevadas, en cualquier estado de los procedimientos y con prescindencia de la situación en que se encontrare el trámite respectivo, siempre que exista jurisprudencia sobre el caso planteado y a juicio de la Corte corresponda mantener su anterior criterio. 2.- Por Sentencia No. 125/2018 la Corporación desestimó la inconstitucionalidad del art. 461 de la Ley No. 19.355 en términos que por su exacta adecuación al caso se tendrán por reproducidos y como parte integrante de esta decisión. Por lo expuesto, la Suprema Corte de Justicia, por mayoría, FALLA: DESESTÍMASE EL EXCEPCIONAMIENTO DE INCONSTITUCIONALIDAD INTERPUESTO, CON COSTAS A CARGO DEL EXCEPCIONANTE. OPORTUNAMENTE, DEVUÉLVASE. MINISTROS DRES. LUIS TOSI Y JORGE CHEDIAK Discordes: Por cuanto entendemos que en el caso corresponde declarar la inconstitucionalidad de lo establecido en el artículo 461 de la ley 19.355. Establece esta disposición: “La dispensación de medicamentos, procedimientos o dispositivos terapéuticos que no se encuentren debidamente aprobados y registrados ante el Ministerio de Salud Pública, solamente se admitirá en los casos taxativamente enumerados en la normativa vigente y en los incluidos en el marco de ensayos clínicos realizados conforme a derecho”. 1) La legitimación. Consideramos que el excepcionante se encuentra en la situación jurídica que la habilita a pretender la declaración de inconstitucionalidad de esta disposición, por cuanto es un usuario del sistema de salud que requiere un medicamento no autorizado por el Ministerio de Salud Pública. 2) La inconstitucionalidad

denunciada. Entendemos que, efectivamente, la disposición impugnada vulnera el derecho a la salud consagrado en el artículo 44 inciso tercero de la Constitución. En tal sentido, nos remitimos a lo que expusiera la Corte, en mayoría, en la sentencia N° 396/2016. En ese caso, la Corte dijo: “El derecho a la salud, expresamente reconocido en el art. 44 de la Constitución, constituye un derecho humano esencial, inherente a la persona, y de cuyo pleno goce dependen todos los demás. En este sentido, el derecho a la salud podría considerárselo, conjuntamente con la vida, uno de los derechos absolutos, ya que su instrumentalidad respecto del segundo nombrado es indiscutible. Es de señalar que la citada norma superior establece: “El Estado legislará en todas las cuestiones relacionadas con la salud e higiene públicas, procurando el perfeccionamiento físico, moral y social de todos los habitantes del país. Todos los habitantes tienen el deber de cuidar de su salud, así como el de asistirse en caso de enfermedad. El Estado proporcionará gratuitamente los medios de prevención y de asistencia tan sólo a los indigentes o carentes de recursos suficientes”. Como se indicara en la Sentencia N° 696/2014, citando a su vez el Pronunciamiento N° 1.713/2010: “En efecto, la Salud Pública es un cometido esencial inherente del Estado, y en casos como el de autos la legislación sobre tabaquismo resulta un bien jurídico superior que participa de la noción de orden público (art. 44 de la Constitución), por lo que resulta natural que se cometiera al M.S.P. dicha reglamentación, pues de acuerdo a la Ley Orgánica de Salud Pública N° 9.202, le compete al mismo adoptar todas las medidas que estime necesarias para mantener la Salud colectiva, dictando todos los reglamentos y disposiciones necesarias para este fin primordial (art. 2)...”. Sobre esa base el Juez debe analizar la norma impugnada, así como toda la legislación en la materia, incluso decretos y resoluciones del Poder Ejecutivo y Ministerio de Salud Pública, para desentrañar el espíritu de la Ley, que en ningún caso puede revelar la intención de limitar en forma alguna el acceso a la salud”. Como se señaló en el fallo que venimos de transcribir, la ley no puede, como sucede en este caso, dejar ningún “margen” para limitar el derecho a la salud. Ello, porque ese (...) “margen” legal previsto, y que se completará en vía administrativa, deja una “ventana” abierta para la limitación de un derecho que, por su naturaleza instrumental con el derecho a la vida, no admite la menor restricción. Revalidamos así el criterio que sostuviera el Dr. Hounie como integrante de la Sala Civil de 6° Turno (sentencia N° 173/2013), en cuanto al indiscutido rango constitucional del derecho prestacional derivado de dicha norma constitucional. Estimamos que el excepcionante acreditó encontrarse en la situación económica allí prevista, tal como surge de los recibos de cobro de pasividades de fs. 111-112 y de la Declaración Jurada obrante a fs. 113. En este caso, la restricción deriva, nuevamente, de la potestad del Ministerio de Salud Pública de limitar el acceso a un medicamento, restringiendo el derecho a la vida del excepcionante. **SUPREMA CORTE DE JUSTICIA. NRO: 1.251/2019. FECHA: 19/09/2019.**